أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف
أبي الحسين القدوري
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي
(٤٢٨هـ)

تحقيق
د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء السابع

شرح

مختصر الكرخي

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

أسفار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْتِ
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

❊ الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
❊ فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
❊ فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
❊ فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
❊ فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
❊ فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥ - الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

شرح مختصر الكرخي

تأليف

أبي الحسين القدوري

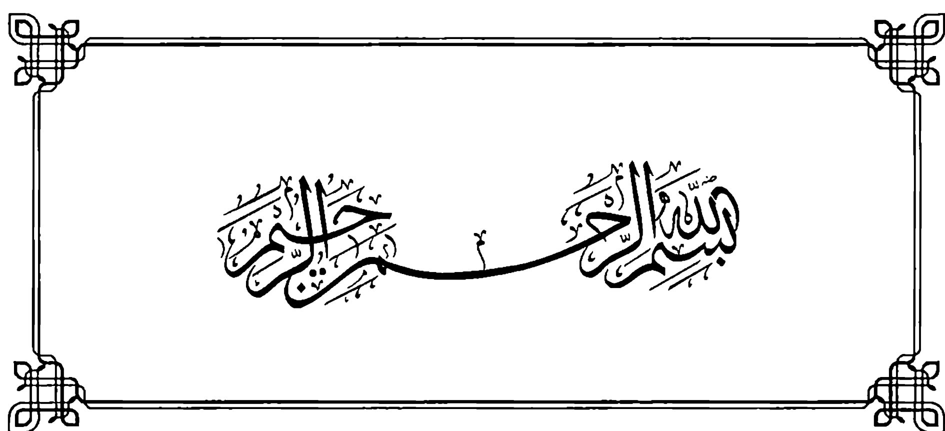
أحمد بن محمد البغدادي الحنفي

(٤٢٨هـ)

تحقيق

د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن
عضو هيئة التدريس بجامعة الملك عبد العزيز

الجزء السابع



بَابُ
جنايةِ العبدِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى[١]: وإذا جنى عبدٌ على حرٍّ أو عبد، جنايةً خطأً في نفسٍ أو فيما دون النفس، يقلُّ أَرْشها أو يكثر، فذلك في رقبة العبد الجاني، ليس في ذمة المولى منه شيءٌ، ويقال للمولى: ادفعه بجنايته، أو افده بجميع أَرْش الجناية، قليلاً كان الأَرْش أو كثيرًا، بالغًا ما بلغ.

وقال الشافعي في جناية العبد: يباع فيها، إلا أن يفديه المولى[٢].

لنا: ما روي في حديث ابن عباسٍ أنّه قال: «إذا جنى العبد، إن شاء دفعه، وإن شاء فداه»[٣].

وعن عمر أنّه قال: «عبيد الناس أموالهم، وجنايتهم في قيمتهم»، وعن عليٍّ مثله[٤].

ولأنّ الجناية التي يمكن استيفاؤها من الرقبة، تتعلّق بها كجناية العمد في الحرّ والعبد.

---

(١) لم أتوقف كثيراً في المسائل المتعلقة بالعبيد؛ لكونها غير عملية الآن في حياة الناس.

(٢) انظر: الأم ص١١٣٦.

(٣) قال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية: «لم أره إلا عن عليٍّ، أخرجه ابن أبي شيبة، قال: ما جنى العبد ففي رقبته، ويخير مولاه: إن شاء فداه، وإن شاء دفعه» (٢/٢٨٣).
وذكر رواية ابن عباسٍ السرخسي في المبسوط (٢٧/٢٦)؛ والزيلعي في تبيين الحقائق (٦/١٥٤).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٥/٣٨٤).




وإذا ثبت أنّ الجناية تعلّقت برقبته ، فإذا خلّى[1] المولى بين وليّ الجناية وبينه ، سقطت عنه المطالبة بها كجناية العمد ؛ ولأنّه إنّما يُخاطَب بالجناية لأجل ملكه ، فإذا أسقط حقّه[2] زالت المطالبة ، كالوارث إذا خلّى بين الغرماء وبين التركة .

وأما إذا اختار الفداء ؛ فلأنّه لا حقّ لوليّ الجناية إلا في الأَرْش ، فإذا استوفاه ، سقط حقّه .

وليس جناية العبد [كدينه][3] ؛ لأنّ جناية الحرّ الخطأ يُطالَب بها غيره ، فكذلك جناية العبد يُطالَب بها المولى ، وديون الحرّ لا يُطالَب بها غيره ، فكذلك ديون العبد تتعلّق به .

٢٥٠٣ - [فَصْل: سقوط ما لزم المولى بهلاك العبد]

قال: فإن لم يختر حتّى مات العبد ، بطل حقّ المجنيّ عليه ، ولم يكن له على المولى شيءٌ من أَرْش جنايته ؛ وذلك لأنّ الحقّ كان يلزم المولى في الرقبة ، فإذا تلفت ، سقط ما لزمه عنها ، كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ؛ ولأنّها جنايةٌ فتسقط بموت العبد كالعمد .

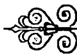
[قال]: فإن مات العبد بعدما اختار المولى الفداء ، فالفداء عليه ، لا يبرأ منه بموت العبد ؛ وذلك لأنّ الاختيار ينقل الحقّ من الرقبة إلى ذمّة المولى ، فإذا مات العبد لم يسقط ما في ذمّة المولى من الدين ، كسائر ديونه .

---

(١) في ل (خير) .

(٢) في ب (سقط عنه حقّه) .

(٣) في أ (كديته) والمثبت من ل .

٢٥٠٤ - [فَصْل: جناية العبد علىٰ جماعة]

قال: فإن جنىٰ العبد علىٰ جماعةٍ، فالمولىٰ أيضًا بالخيار: إن شاء دفع العبد إلىٰ جماعتهم، وكان مقسومًا عليهم علىٰ قدر ما لكلّ واحدٍ منهم من أَرْش الجناية، وإن شاء أمسكه (وغرمَ أَرْش الجنايات كلها)[١]؛ وذلك لأنّ تعلّق الجناية برقبته لا يمنع تعلّق مثلها، كما لا يمنع الدين من الدين، وكما لا يمنع حقّ المولىٰ من حقّ [٣٣٥/ب] وليّ الجناية، فإذا تعلّق حقّ الجماعة بالرقبة، كان علىٰ المولىٰ أن يدفع إليهم، فيقتسمون الرقبةَ علىٰ قدر حقوقهم، أو يفدي بجميع أروشهم.

وللمولىٰ في هذا الفصل أن يخالف بين الاختيار: فيفدي من بعضهم، ويدفع إلىٰ بعضهم مقدار ما تعلّق به حقّه من العبد؛ وذلك لأنّ كلّ واحدٍ منهم لا تعلّق لحقّه بحقّ صاحبه، فجاز أن يختار في حقّ أحدهم غير[٢] ما يختار في حق الآخر، كما لو انفرد كلّ واحدٍ منهم.

وليس هذا كالعبد إذا قتل رجلاً خطأً وله وليّان، فاختار المولىٰ الفداء من أحدهما، والدفع إلىٰ الآخر، أنّ ذلك لا يجوز؛ لأنّها جنايةٌ واحدةٌ خُيّر فيها بين الدفع والفداء، فلم يملك تبعيض موجبها.

وفي مسألتنا هي جناياتٌ مختلفةٌ، فإذا اختلف خياره فيها، لم يتبعّض موجب الجناية[٣].

---

(١) وفي ل (وفدىٰ أرش الجنايات).

(٢) في ل (من غير).

(٣) في ب (فلم ينقص موجب الجناية).




وأما كيفية القسمة، فعلىٰ ما بيّنا أنّه يدفع إليهم بقدر حصصهم، فإن كان قتل رجلاً خطأً، وفقأ عين آخر، ثم اجتمعا، فاختار المولىٰ الدفع، فإنّه يدفع العبد إليهم أثلاثًا؛ لأنّ وليّ المقتول ثبت[1] حقّه في الدية: وهي عشرة آلاف، ويثبت حق المفقوءة عينه في نصف الدية، وكلّ واحدٍ منهما يُدلِي بسببٍ صحيحٍ، فضُرِب بجميع حقّه، فاقتسما أثلاثًا.

ولو كان شجّ رجلاً مُوْضِحَةً، وآخر هاشمةً، وآخر مُنَقّلَةً، ثم اختار المولىٰ الدفع: دفع إلىٰ صاحب المُوْضِحة سدس العبد، وإلىٰ صاحب الهاشمة ثُلُثه، وإلىٰ صاحب المُنَقّلَة نِصْفه؛ لأنّ لصاحب المُوْضِحة خمسَمائةٍ، ولصاحب الهاشِمة ألفاً، ولصاحب المُنَقّلَة ألفاً وخمسمائةٍ، فاقتسموا الرقبة[2] علىٰ ذلك.

٢٥٠٥ - [فَصل: موت العبد في يد الغاصب]

قال: فإن غصب العبدَ غاصبٌ، فمات في يد الغاصب، أو قتله قاتلٌ، فغرمَ قيمته، فإنّ القيمة بين أصحاب الجناية تُقسم بينهم علىٰ ما كانت الرقبة تُقسم عليهم، وليس في القيمة[3] للمولىٰ خيارٌ، ليس فيها غير الدفع؛ وذلك لأنّ القيمة إذا كانت أقل من الأَرْش فلا فائدة في تخيير المولىٰ بين تسليمها وتسليم ما زاد عليها، فتعيّن الدفع.

وليس كذلك العبد؛ لأنّ في تخيير المولىٰ فائدةً، ألا ترىٰ أنّ الإنسان قد يختار العبد القليل القيمة لغرضٍ فيه، فيبذل أكثر من قيمته.

---

(١) في ل (ثلث).

(٢) في ب (الديّة).

(٣) في ل (الرقبة).



وإنّما تعلّق حقّ وليّ الجناية بقيمة العبد؛ لأنّها بدلٌ عن الرقبة التي تعلّق حقّه بها.

٢٥٠٦ - [فَصل: عَبْدٌ لرجل قَتَلَ عَبْداً أو قطع يده]

قال: ولو قتل العبدَ عبدٌ لرجلٍ، فإنّ مولى العبد الثاني (يقال له: ادفع عبدك بالعبد المقتول، أو افده بقيمة المقتول؛ لأنّ حكم العبد الثاني)[1] في الجناية، حكم العبد الأوّل.

فإن فداه بقيمة المقتول، قُسّمت القيمة بين أولياء الجناية الأولى؛ لما بيّنا أنّها قامت مقام الجاني، فليس في التخيير فائدةٌ.

فإن اختار مولى الثاني دفعه إلى مولى المقتول بعبده، خُيّر مولى الأول في العبد الذي أخذه بعبده: إن شاء دفعه بالجنايات، وإن شاء فداه بجميع أَرْشها؛ وذلك لأنّ الثاني قام مقام الأوّل، فيتعلّق به من حكم الجنايات ما تعلّق بالأوّل[2]، وفي التخيير فائدةٌ، فخُيّر المولى فيه، كما كان يُخيّر في الأوّل.

قال: ولو لم يُقتَل العبد الجاني، ولكن قطع عبدٌ يده، فدُفِع بيده، فإنّ مولى العبد القاتل يُخيّر في الدفع والفداء على ما وصفت لك، فإن اختار الدفع، (دَفَع العبد)[3]، وما دُفِع بالجناية عليه.

وكذلك لو قطع يد العبد القاتل رجلٌ [حرٌّ]، فغرم أَرْش يده، فإنّ المولى

---

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ب (تعلّق به).

(٣) ساقطة من ل.

إذا اختار الدفع، يدفع أَرْش القاتل معه؛ وذلك لأنّ العبد [القاتل][١]، قام مقام اليد، وقد كان حقّ وليّ الجناية متعلقًا بها، فتعلّق بما قام مقامها.

٢٥٠٧ - [فَصْل: كَسْبُ العبد في دفع المولىٰ العبد]

قال: ولو كان مولىٰ العبد الأوّل اختار الدفع، وللعبد كسبٌ كسبه بعد جنايته، أو كان الجاني أمةً فولدت بعد الجناية ولدًا، ثم اختار المولىٰ الدَّفعَ، لم يدفع الكسب ولا الولد، ودفع الأمّ دون كسبها وولدها؛ وذلك لأنّ الحقوق المستقرة في الرقاب لا تسري إلىٰ الاكتساب، فالحقوق التي لم[٢] تستقرّ أولىٰ.

فأمّا الولد؛ فلأنّ حقّ الجناية غير مستقرٍّ في الرقبة، ألا ترىٰ أنّ المولىٰ يُخيّر: إن شاء عيّنه في الرقبة، وإن شاء نقله عنها [إلىٰ الفداء]، والحقوق التي لم تستقرّ لا تسري إلىٰ الولد؛ ولأنّها جنايةٌ، فلا تسري إلىٰ ولد الجارية[٣] كجناية العمد.

قال: وإذا قتل العبدُ قتيلاً خطأً، فخُيّر المولىٰ بين الدفع والفداء، فاختار الفداء، ثم عُلِم أنّه فقيرٌ لا شيء معه، فإنّ الدية لازمةٌ، وهي دينٌ علىٰ المولىٰ، وهذا قول أبي حنيفة، وسواءٌ كان خيار المولىٰ عند قاضٍ أو غيره.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: إن أدَّىٰ المولىٰ الدية، وإلّا دفع العبد، إلّا أن يرضىٰ الأولياء أن يتبعوا المولىٰ بالدية، فإن رضوا بذلك، لم يكن لهم بعد ذلك أن يرجعوا في العبد.

---

(١) في أ (القاطع) والثمبت من ب.
(٢) في ل (تستقر).
(٣) في ل (الجناية).

وقد رُوِيَ عن أبي يوسف أنّه قال: يُقال للمولىٰ: إمّا أن تدفع الدية حالّةً، وإلا بِيع العبد فيها.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الجناية غير مستقرّةٍ في الرقبة، وللمولىٰ الخيار فيها: فإذا اختار، انتقل الحقّ منها إلىٰ الذمة، فلم يعُد[1] وإن كان معسرًا، كما لو سلّم البائعَ المبيعَ إلىٰ المشتري، ثم ظهر إعساره.

وجه قولهما: أنّ المولىٰ يملك نقل الجناية من الرقبة إلىٰ الأَرْش، فأمّا أن يملك إسقاط الحقّ فلا، ومتىٰ كان معسرًا أُسقط الحقّ عن الرقبة، ولم يُسلّم للولي شيءٌ، فلم يجز ذلك.

فأمّا الرواية التي قال [فيها]: يباع العبد، فعلىٰ أصل أبي يوسف[2] في الحَجْر[3]؛ لأنّ الأَرْش صار دينًا عليه، فإذا لم يقضه، بِيع ماله فيه.

وأما قوله: وسواء كان ذلك بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ؛ (فقد ذكر المسألة في اختلاف أبي يوسف وزفر.

قال أبو يوسف: إن كان الاختيار بقضاءٍ)[4] لم يصحّ، وإن كان بغير قضاءٍ صحّ، وقال زفر: هما سواءٌ.

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الاختيار إذا كان بغير قضاءٍ صار في حكم

(١) في ل (يعذر إن كان).
(٢) في ب (أبي حنيفة يوسف)، خطأ.
(٣) في ب (في التخيير)، والمناسب في العبارة ما في أ.
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.




[ما تمّ][(١)] بالتراضي، بدلالةِ من اشترىٰ دارًا بعبدٍ، فأخذها الشفيع بالشُّفْعة بغير قضاءٍ، ثم استُحِقّ العبد، لم يُنقَض أخذه، كما لا يُنقَض الشراء[(٢)]، ولو كان الأخذ بقضاءٍ فاستُحقّ العبد، بطل الأخذ؛ لأنّ الحاكم بان له أنّ القضاء وقع بغير حقٍّ.

وكذلك في مسألتنا[(٣)]، إذا وقع التخيير عند الحاكم، ثم بان الإعسار، فالحاكم لا يُسقِط حقّ وليّ الجناية من غير عوضٍ [يسلم][(٤)] له.

وإذا كان بغير قضاءٍ، فاختيار المولىٰ كالتراضي، ولو تراضيا بذلك جاز.

وجه قول زفر: أنّ صحة الاختيار لا تقف علىٰ القضاء، فصار وجود القضاء وعدمه سواءً.

٢٥٠٨ـ [فَصل: دفع العبد القاطع يد رجل لولي الجناية]

قال: فإن قطع عبدٌ يد [رجلٍ][(٥)]، فاختار المولىٰ الدفع، فدفعه إلىٰ وليّ الجناية، [٣٣٦/أ] ثم مات المقطوع من القطع، فالدفع علىٰ حاله؛ وذلك لأنّ الرقبة علىٰ ملك المجنيّ عليه، ولو كانت علىٰ ملك الجاني [فسلَّمها][(٦)]، سقط الحقّ عنه، فإذا تقدّم التسليم قَبْل ذلك، لم يلزمه شيءٌ.

---

(١) في أ (مال)، والمثبت من ب.
(٢) في ل (المشتري).
(٣) في ل (وكذالك هاهنا).
(٤) في أ (ليسلم) والمثبت من ل.
(٥) في أ (عبده يده)، والمثبت من ب، ل، وهو الصحيح في سياق العبارة.
(٦) في أ (ففداها) والمثبت من ب، ل.

قال: ولو كان المولىٰ اختار أن يدفع إلىٰ وليّ الجناية أَرْش يده، فدفعه ثم انتقض القطع، فمات المقطوع من القطع، فالقياس: أن يكون هذا اختيارًا للفداء، ويلزمه الدية، وهو قول أبي[1] يوسف الآخر.

والاستحسان: أن يُخيّر خيارًا مستقبلاً، وهو قول أبي يوسف الأوّل وقول محمدٍ.

وجه القياس: أنّ المولىٰ لمّا اختار الأَرْش[2] انتقلت الجناية عن الرقبة إلىٰ ذمّته، فلزمه حكم السراية باختيار أصلها، فكأنّه اختار بعد السراية؛ ولأنّهُ لو أعتق بعد القطع ثم مات المقطوع، كان ذلك اختيارًا، فكذلك إذا اختار الأَرْش؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الأمرين يُوجب نقل الجناية من الرقبة إلىٰ الذمّة.

وجه الاستحسان: أنّ المولىٰ إنّما اختار الأَرْش لقلّته[3]، فإذا زاد تغيّر[4] حكم الاختيار، والدفع ممكنٌ، فكان له أن يختار.

وهذا كما قالوا: فيمن بلغه بيع الدار بألفٍ، فسلّم الشفعة، ثم بان أنّها بيعت بأقلّ، كان له الخيار مستقبلاً، كذلك هذا.

ولأنّه اختار أَرْش اليد، وذلك ليس بحقٍّ لوليّ الجناية، وإنّما حقّه النفس، فاختياره لما ليس بحقٍّ له لا يتعلّق به حكمٌ.



(١) في ل (وهذا قول أبي حنيفه الأخير).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في ب (لغلبته)، والمناسب في العبارة ما في أ.
(٤) في ل (بغير).

٢٥٠٩ ـ [فَصْل: قتل العبد المدين رجلاً خطأً]

قال: فإن قتل العبد رجلاً خطأً، وعلىٰ العبد القاتل دينٌ، فإنّ المولىٰ يُخيّر في الدفع إلىٰ أولياء الجناية أو الفداء، فإن اختار الدفع فدفعه، تبعه غرماؤه، فباعوه في دينهم، فإن فضل من الثمن شيءٌ، كان لأصحاب الجناية، وإن لم يفضل من الثمن شيءٌ، لم يكن لأولياء الجناية شيءٌ.

وإن نقص ثمنه عن دينه، لم يكن للغرماء علىٰ المولىٰ ولا علىٰ أحدٍ شيءٌ، حتّىٰ يُعتَق العبد، فيتبعوه بما بقي من دينهم؛ وذلك لأنّ حقّ الغرماء في الرقبة لا يمنع من ثبوت الجناية، كما لا يمنع حقّ المولىٰ[1] من ثبوت حكم الجناية، فإذا اجتمع الحقّان[2] بدأ القاضي بدفعه إلىٰ الجناية، ثم بيع في الدين؛ لأنّ دفعه بالجناية لا يُبطِل حقوق الغرماء، وبيعه في الدين يُبطل حقّ وليّ الجناية، فكان البداية بما يجمع الحقّين أولىٰ من البداية بما يُسقِط أحدهما.

فإذا بيع العبد ففضل شيءٌ من ثمنه، فهو لوليّ الجناية؛ لأنّه بيع علىٰ ملكه، فإن فضل من دينه شيءٌ، تأخّر إلىٰ حال الحريّة؛ لأنّ المولىٰ لا يلزمه من دين العبد إلا مقدار الرقبة والكسب[3].

وقد قالوا: إنّ المولىٰ لو دفعه إلىٰ أولياء الجناية بغير قضاء قاضٍ، لم يضمن لأولياء الدين [شيئاً] استحساناً، ذكره في المأذون[4].

---

(١) في ب، ل (الملك).

(٢) في ب (المعنيان).

(٣) (والكسب) سقطت من ب.

(٤) أي كتاب المأذون لمحمد بن الحسن، ينظر الفهرست لابن النديم، دار المعرفة، ١٣٩٨هـ.

وجه القياس: أنّه ملك الرقبة بعد تعلّق الدين بها، فكأنّه باعها.

وجه الاستحسان: أنّه فعل ما لو رفع إلىٰ القاضي لفعله، فوقع الدفع (عن مستحقّه.

قالوا: ولو دفع المولىٰ العبد إلىٰ أولياء الدين بدينهم[١]، كان مختارًا) للجناية، ولزمه الأَرْش إن كان عالمًا بالجناية[٢]، والقيمة إن لم يكن عالمًا؛ لأنّ دفعه بالدين تمليكٌ للرقبة، والمولىٰ إذا ملّك عبده الجاني صحّ تمليكه وضمن الجناية[٣].

وقد قالوا: لو خاصم صاحب الدين في ماله، وأقام البيّنة، ولا يعلم بالجناية، فباعه القاضي في الدين، ثم حضر صاحب الجناية، ولا فضل في الثمن عن الدين، فقد سقط حقّ وليّ الجناية؛ لأنّ القاضي لا يلزمه ضمان نقله، فلو فسخ البيع ودفع بالجناية، ردّ البيع وسقط حقهم.

وليس هذا كبيع المولىٰ؛ لأنّ الضمان يجوز أن يلزمه بفعله، فصار بالبيع ضامنًا، ذكر هذه المسألة في المنتقىٰ.

٢٥١٠ـ [فَصْل: إقرار العبد المأذون له في التجارة بجناية]

قال: فإن أقرّ العبد بجناية خطإٍ[٤]، وهو مأذونٌ له في التجارة، أو محجورٌ عليه، فإقراره باطلٌ، فإن عتق بعد ذلك لم يُتبع بشيءٍ من الجناية.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب وفي ل (بدينه).
(٢) في ب (بالاختيار)، والمناسب ما في أ.
(٣) في ب (للغرماء)، والصواب ما في أ، لأنّ الكلام في المسألة عن الضمان للجناية.
(٤) هذه الكلمة ليست في ب.




أمّا المحجور إذا أقرّ بجناية الخطأ ؛ فلأنّه إقرارٌ بمالٍ ، فلا يتعلّق به حكمٌ ، كإقراره[1] بالدين.

وأمّا المأذون فإقراره جائزٌ بالديون التي تلزم بالسبب الذي أذن المولىٰ فيه ، وهو التجارة وما تعلّق بها.

فأمّا الجناية ، فلم يأذن فيها المولىٰ ، فالمأذون فيها كالمحجور.

وإنّما لم يطالب بإقراره بعد عتقه ؛ لأنّ جناية العبد لازمةٌ للمولىٰ ، فلم يقرّ بشيءٍ علىٰ نفسه ، فلا يلزمه بعد عتقه.

وكذلك لو أقرّ بعد العتق أنّه جنىٰ في حال الرقّ ، لم يلزمه شيء ؛ لأنّه أضاف الجناية إلىٰ حالةٍ [مُتقدّمةٍ][2] ، وتلك الحالة لا يلزمه فيها بجنايته شيءٌ.

قال: وإذا قتل العبد قتيلاً وهو مقطوع اليد أو أعور ، وقد أخذ المولىٰ أَرْش يده وعوره ممّن فعل ذلك ، فاختار دفعهُ بالجناية ، دفعه علىٰ الحالة التي جنىٰ عليها ، ويُسلِّم ما أخذ المولىٰ للمولىٰ ؛ وذلك لأنّ حقّ وليّ الجناية لم يتعلّق إلا برقبته ناقصةً ، وقد سُلِّمت له علىٰ الوجه الذي تعلّق حقّه بها ، فلم يثبت له في الأَرْش الذي هو بدلٌ عمّا لم يتعلّق حقّه به.

قال: فإن قتل قتيلاً خطأً ، ثم قطعت يده بعد الجناية ، فأخذ المولىٰ الأَرْش ، ثم قتل آخر بعد قطع يده ، فإنّ أرش يده يُدفع إلىٰ ولي الجناية الأولىٰ ، ثم يُدفع العبد ـ إذا اختار المولىٰ الدفع ـ إلىٰ أولياء القتيلين[3] علىٰ تسعةٍ وثلاثين جزءًا ؛

---

(١) في ب (علىٰ إقراره).
(٢) في أ (متيقنة) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في سياق العبارة.
(٣) في ب (إلىٰ أولياء الجناية الثانية) ، والصواب في السياق ما في أ.




وذلك لأنّ حقّ وليّ الجناية الأولىٰ تعلّق بالرقبة، وهي كاملةٌ، فتعلّق حقّه بالأَرْش؛ لأنّه بدلٌ عمّا تعلّق حقّه به.

فأمّا ولي الجناية الثانية، فإنّما تعلّق حقّه برقبته ناقصةً، ولا حقّ له في الأَرْش، وإنّما يزاحم في الرقبة، وقد فُرِض المسألة في أنّ قيمة العبد ألفٌ وأَرْش يده خمسمائة، إذا استوفاها الأول، بقي من حقّه تسعة آلاف وخمسمائة، وحق الثاني في عشرة آلاف، فاجعل كل خمسمائة جزءًا، فيكون للأول تسعة عشر جزءًا، وللثاني عشرون جزءًا، فيقتسمان الرقبة علىٰ ذلك.

٢٥١١ - [فَصل: اختلاف ولي الجناية والمولىٰ في قطع اليد قبل الجناية أو بعدها]

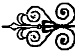
قال: فإن اختلف وليّ الجناية والمولىٰ، فقال المولىٰ: قُطعَت يده قبل الجناية، وقال وليّ القتيل: بعد الجناية، فالقول قول المولىٰ مع يمينه، وعلىٰ وليّ الجناية[(١)] البيّنة؛ وذلك لأنّ وليّ الجناية يدّعي استحقاق مالٍ في يد المولىٰ، والأصل عدم الاستحقاق؛ ولأنّه يدّعي تقدّم الجناية علىٰ القطع، وذلك تاريخٌ لا يُعلَم إلا بقوله.

قال: ولو شجّ رجلاً مُوضِحةً خطأً، وقيمته ألف، ثم قتل آخر وقيمته ألفان، فإن اختار المولىٰ الدفع، دفعه بينهما علىٰ إحدىٰ وعشرين جزءًا، واحدٌ لصاحب المُوْضِحة، وعشرون لوليّ القتيل، ويشتركون في الزيادة.

ولو كان عَمِيَ بعد القتل قبل الشَّجّة، فهو مثل ذلك، يكون ناقصًا بينهما، [يشتركان][(٢)] في النقصان؛ وذلك لأنّ حقّ وليّ الجناية متعلّقٌ [٣٣٦/ب] بالرقبةِ،

(١) في ب (أهل الجناية).

(٢) في أ (يكون ناقصاً يشتركون)، والمثبت من ب، ل، وهو أنسب؛ لأن الكلام عن وليي جنايتين.

فزيادة قيمتها بعد تعلّق حقّه، كزيادتها قبله.

فأمّا النقصان، فهو كتلف جزءٍ من الرقبة، ولو تلفت الرقبة كلّها كانت من حقّهم، فكذلك إذا نقصت.

وإذا ثبت هذا، ضرب صاحب المُوْضِحة بخمسمائةٍ، وصاحب النفس بعشرة آلافٍ، فاجعل كل خمسمائة جزءًا، تكون الجملة(١) عشرين جزءًا يقتسمان الرقبة على ذلك.

ومِمَّا يلحق بهذَا البَابِ

٢٥١٢ - [فَصْل: قَتْلُ الأمةِ العبدَ القاتلَ خطأً]

ما ذكر محمدٌ في الأصل: في العبد إذا قتل رجلاً، ثم قتلته أمةٌ لمولاه خطأً، قيل للمولى ادفعها أو افدها بقيمة العبدِ؛ وذلك لأنّ تعلقَ حقّ أولياء الجناية برقبة العبد، جعل مولاه فيه كالأجنبي، فكأنّ أمةً لغير المولى قتلته، ويخيّر مولاها بين دفعها أو فدائها بقيمة المقتول؛ فكذلك يخيّر مولى العبد بين الأمرين.

فإن قتل العبدُ رجلاً خطأً، وقتلت أمةٌ لمولاه رجلاً خطأً، ثم إنّ العبد قتل الأمة، فإن اختار المولى الفداء، فداه بالدية وبقيمة الأمة؛ لأنّ الجنايتين تعلّقتا برقبته، فيفدى بأَرْشهما.

فإن اختار الدفع ضرب في العبد أولياء قتيل العبد بالدية، وأولياء قتيل الأمة بقيمة الأمة، لأنّ كلّ واحدٍ منهم يثبت له في رقبته هذا القدر، فيضرب فيها بمقدار حقهِ.

---

(١) في ب و ل (الدية).

وقالوا في العبد إذا جنىٰ ففداه المولىٰ، ثم جنىٰ، قيل لمولاه: ادفعه أو افده؛ لأنّ الرقبة تفرّغت منَ الجناية بالفداء، فصار حكم الجناية الثانية كحكم الأولىٰ.

وليس كذلك إذا جنىٰ ثم جنىٰ قبل الاختيار؛ لأنّ الرقبة لم تتفرّغ من الجناية، فتعلّقت الجنايتان برقبته، فيدفع فيهما.

٢٠١٣ - [فَصْل: قول الذي في يده العبد الجاني: هذا عبد فلان أودَعَهُ عندي]

وقالوا في العبد إذا جنىٰ، فقال الذي هو في يده: هذا عبد فلانٍ أودَعَهُ عندي، فإن أقام البيّنة علىٰ ذلك، دفع الخصومة عن نفسه؛ لأنّا [قد] بيَّنَّا أنّ العبد وصل من جهة غيره، وأنّ الغائب أقامه مقام نفسه في الحفظ دون أحكام الجناية، فلم يلزمه حكمها.

فإن لم يقم بيّنةً، قيل له: ادفعه أو افده؛ لأنّ حكم الجناية متعلّقٌ به، فإذا أحال به علىٰ غيره لم يقبل بغير بيّنةٍ، فإن اختار الفداء، ثم حضر الغائب فصدّقه، فهو متطوعٌ في الفداء؛ لأنّه فدىٰ ملك غيره بغير أمره، وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع، فإذا اختاره كان متبرعًا.

وإن اختار الدفع، ثم حضر الغائب فصدّقه، قيل له: إن شئت فافسخ الدفع؛ لأنّ التصديق استند إلىٰ الإقرار الأوّل، فصار مالكًا للعبد من ذلك الوقت، وقد دفعه من ليس بمالكٍ، فإن شاء اختار دفعه، وإن شاء فسخ وفدىٰ.

٢٠١٤ - [فَصْل: عبد أُقر به لرجل فأقرَّ عليه بجناية]

وقالوا فيمن في يده عبدٌ أقرّ به لرجلٍ، فأقرّ عليه بجناية، فهو علىٰ ثلاثة




أوجه: إن صدّقه المُقَرّ له في الملك والجناية، قيل للمُقَرّ له: ادفعه أو افده بالأَرْش؛ لأنّهما تصادقا على الملك وعلى الجناية، فكأنّ[1] ذلك كان معلومًا.

ولا يكون الذي في يده العبد بإقراره بعد الجناية مختارًا؛ لأنّ الإقرار لا ينقل الملك، وإنّما هو إخبارٌ عن ملكٍ سابق.

وقال زفر: يكون مختارًا؛ لأنّ الملك له في الظاهر، وقد انتقل بالإقرار بعد الجناية.

وأمّا إن صدّقه المُقَرّ له في الملك، وكذّبه في الجناية، فلا شيء على واحدٍ منهما في الجناية؛ لأنّ الذي في يده العبد أقرّ بجنايةٍ على ملك غيره، والمالك لم يقرّ في عبده بشيءٍ، إلا أن يكون الذي في يده العبد [كان قد][2] ادّعى هذا العبد لنفسه، فيكون مختارًا؛ لأنّه في حكم من نقل الملك باختياره.

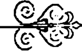
وأمّا إذا كذّبه المُقَرّ له في الملك، قيل له: ادفعه أو افده؛ لأنّ الإقرار بطل بالتكذيب، فكأنّه لم يكن.

٢٥١٥- [فَصْل: العبد يقتل رجلاً له وليّان]

وقالوا: في العبد إذا قتل رجلاً له وليّان، فدفعه المولى إلى أحدهما، [فقتله][3] في يده آخَرُ، ثم حضر ولي المقتول الثاني [ووليّ][4] المقتول الأوّل.

قيل للمدفوع إليه: ادفع نصف العبد إلى وليّ المقتول الثاني، أو افده [منه]

(١) في ل (وكان ذلك معلوماً).
(٢) في أ (قد كان) والمثبت من ل.
(٣) في أ، ب (فقتل) والمثبت من ل.
(٤) في أ (وأولياء)، والمثبت من ب، ل وهو أنسب في حكم المسألة وصورتها.

بنصف الدية ؛ لأنّ الدفع صحّ في نصفِ العبد ، فجنىٰ علىٰ ملكه ، فيخاطب بحكم جنايته .

ثم يقال له: ردّ النصف الآخر علىٰ المولىٰ ؛ لأنّك أخذته بغير حقٍّ ، ويقال للمولىٰ: ادفعه إلىٰ وليّ الجناية الثانية ووليّ المقتول الأول الذي لم يدفع إليه ، أو افده منهما .

فإن اختار الفِداء ، فلا ضمان عليه ؛ لأنّ وليّ الجناية الأولىٰ استوفىٰ حقّه بالفداء[١] ، فلم يبق له شيءٌ يطالب به ، وإن اختار الدفع ، دفع هذا النصف إليهما نصفين ؛ لأنّ حقّ[٢] كلّ واحدٍ منهما ثابتٌ في نصف النفس ، فتساويا ، فيُسلّم وليّ الجناية الثانية ثلاثة أرباع العبد ، ولوليّ الجناية الأولىٰ ربع العبد .

ثمّ لا يخلو: إمّا أن يكون دفع العبد كلّه إلىٰ الأول بقضاءٍ ، أو بغير قضاءٍ ، فإن كان دفعه بقضاء قاضٍ ، فلا ضمان عليه ، (وإنّما الضمان علىٰ وليّ الجناية الأولىٰ ؛ لأنّه قبضه فارغًا ، فردّه مشغولاً بالجناية)[٣] ، وقد كان قبضه بغير حقٍّ .

فإن كان الدفع بغير قضاءٍ ، فلوليّ الجناية الأولىٰ الخيار: إن شاء أخذ ربع القيمة من المولىٰ ، وإن شاء أخذ من القابض ، حتّىٰ يُسلّم له نصف العبد ، ربعه لحمٌ ودمٌ ، وربعه دراهم .

فإن اتبع المولىٰ رجع المولىٰ علىٰ القابض ؛ لأنّ العبد كان في ضمانه ، وإن

---

(١) في ل (بهذا الفداء) .

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب .

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب .




اختار اتّباع القابض، لم يرجع على[1] المولى بشيء؛ لأنّ حاصل[2] الضمان عليه.

قال: ولو قتل العبد قتيلين خطأً، فدفعه المولى إلى أحدهما، فقتل عنده قتيلاً آخر، واجتمعوا جميعًا، فإنّ القابض يردّ نصف العبد ويدفع النصف بالجناية؛ لما ذكرنا أنّ تمليكه في النصف صحيحٌ، وقد جنى على ملكه[3]، والنصف الآخر قبضه بغير حقٍّ، فيردّه، ثم يقال للمولى: ادفع النصف الذي ردّ عليك أو افده، فإن اختار الفداء، فدى الثالث بخمسة آلاف؛ لأنّ النصف قد وصل إليه من جهة الذي أخذ العبد، ويفدي لولي الثاني الذي لم يأخذ شيئًا بعشرة آلاف؛ لأنّ[4] حقّه قد وجب في جميع الدية في الابتداء، ولم يُدفع[5] إليه شيءٌ.

فإن اختار الدفع، فإنّه يدفع إليهما، فيضرب فيه الثاني بعشرة آلاف، والثالث بخمسة آلاف، فيصير هذا النصف بينهما أثلاثًا، ثلثاه للثاني، وثلثٌ للثالث، وقد بقي من حقّ الثاني السدس؛ لأنّ حقّه كان نصف العبد، وقد سُلّم له ثلثا النصف، وبقي له ثلث النصف، وهو سدس جميع العبد.

فإن كان الدفع بغير قضاء قاضٍ، فله أن يتبع أيهما شاء: وإن أخذ من المولى، رجع المولى على القابض، وإن أخذ [من] القابض، لم يرجع على المولى.

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ل (الحاصل).

(٣) في ب (في ملكه).

(٤) في ل (ألف حقه).

(٥) في ب، ل (يصل).

وإن كان الدفع بقضاءٍ، فله أن يتبع القابض خاصّةً؛ لما ذكرنا في الفصل الأول.

٢٥١٦ ـ [فَصْل: تداخل الحقوق والقسمة بين أصحابها]

وأمّا إذا قتل العبد قتيلاً خطأً، وفقأ عين آخر، فدفعه المولىٰ إلىٰ المفقوءة عينه، [٣٣٧/أ] فقتل عنده قتيلاً آخر، فإنّ المفقوءة عينه قد أخذ ثلثه بحقٍّ، وثلثيه بغير حقٍّ، فالثلث الذي أخذ بحقٍّ يُؤمر بدفعه أو فدائه، وعليه أن يردّ ثلثي العبد إلىٰ الوليّ.

ثم يُخيّر الولي[1] بين الدفع والفداء، فإن فداه فإنّه يفدي من الأول بعشرة آلاف، ومن الثاني بثلثي الدية: وهو ستة آلاف وثلثا ألفٍ.

فإن اختار الدفع، دفع إليهما ثلثي العبد، يقتسمانه بينهما نصفين[2]، فيضرب فيه للأول بعشرة آلافٍ، والثاني بستة آلافٍ وثلثي الألف، فاجعل كل ألفٍ بينهما، فيصير ثلثا العبد علىٰ ستة عشر سهمًا وثلثين، وكلّ العبد خمسةٌ وعشرون، ثلث العبد قد كان أخذه الآخر: وهو ثمانيةٌ وثلث، وثلثا العبد صار بينهما، لأحدهما عشرةٌ، وللآخر ستةٌ وثلثان.

ثم للأوّل أن يرجع علىٰ القابض بستة أجزاء من ستة عشر[3] جزءًا وثلثين من ثلثي قيمته؛ لأنّه قد فات حقه بذلك المقدار بسببٍ كان في يده، فكأنّه تلفَ عنده.

---

(١) في ل (المولىٰ).

(٢) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٣) في ل (عشر) فقط.

وإن كان الدفع بغير قضاء قاضٍ، فله أن يأخذ [من] أيّهما شاء كما ذكرنا في الفصل الأول.

وطريقةٌ أخرىٰ: وهو أن يقول: [إنّه] إذا دفع ثلثي العبد إليهما، يضرب أحدهما بالدية، والآخر بثلثي الدية، فاجعل كلّ ثلثٍ سهماً، فيصير ثلثا الدية سهمين، والدية ثلاثة أسهم، [فيصير] ثلثا العبد علىٰ خمسة أسهمٍ، للأوّل [ثلاثةٌ][1]، وللآخر سهمان، ويصيرُ الثلث [الأخير][2] سهمين ونصف، فيصير جميع العبد علىٰ سبعةٍ ونصفٍ، وقد وقع فيه كسرٌ، فأضعفه، فيصير خمسة عشر، فالثلث منه خمسة، وقد دُفِع إلىٰ الآخر، وثلثا العبد عشرة، فيُقسّم بينهما، فيضرب الأول بثلاثة أخماسه، وهو ستة أسهمٍ، والآخر بأربعة أسهمٍ، ثم يرجع الأول علىٰ القابض بخُمس[3] ثلثي قيمة العبد.

٢٥١٧ - [فَصل: قتل الأمة قتيلاً خطأً ثم ابنتها أيضاً]

قال: وإذا قتلت الأمة قتيلاً خطأً، ثم ولدت بنتًا، فقتلت ابنتها قتيلاً خطأً، ثم إنّ البنت قتلت الأمة، فالمولىٰ بالخيار: إن شاء دفع البنت إليهما، وإن شاء فدىٰ.

فإن اختار الفداء، فدىٰ لأولياء قتيل البنت بالدية، ولأولياء قتيل الأمّ بقيمة الأمّ؛ لأنّه قد اجتمع [عليه] في رقبة الابنة جناية الأجنبي، وجناية الأمّ، فيفديها بذلك[4].

---

(١) في أ (ثلثه)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (ويصير للآخر)، والمثبت من ب، وهو أنسب في السياق.

(٣) في ل (بخمسي).

(٤) في ب (فيفديها بتلك الجناية).




فإن اختار الدفع، دفع إليهما، فيضربان فيها على أحد عشر إذا قدّرنا أنّ قيمة الأم[١] ألفٌ؛ لأنّ الدية عشرة آلافٍ.

ولو لم تقتل الابنة الأمّ، ولكنها فقأت عينها، فهذا على أربعة أوجهٍ: إما أن يختار المولى دفعهما، أو فداءهما، أو فداء الأم ودفع الابنة، أو فداء الابنة ودفع الأم.

فإن اختار دفعهما: فإنّه يدفع الأمّ إلى أولياء قتيل الأمّ، ويدفع الابنة إلى أولياء قتيل (الابنة بالدية، وأولياء قتيل الأمّ بنصف قيمة)[٢] الأمّ؛ لأنّها أتلفت إحدى عينيها، وهو النصف.

وأما إذا اختار فداءهما: فإنّه يفدي لكلّ فريقٍ بتمام الدية، وسقطت جناية البنت على الأمّ؛ لأنّها ملكه تخلصاً من الجناية[٣].

وإن اختار دفع الأمّ وفداء البنت: فإنّه يدفع الأمّ إلى أولياء قتيل الأمّ، [ثمّ يفدي لأولياء قتيل البنت بالدية، وأولياء قتيل الأمّ بنصف قيمة الدية.

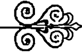
وإن اختار دفع الابنة وفداء الأمّ: فإنّه يدفع البنت إلى أولياء قتيل البنت، ويفدي لأولياء قتيل الأمّ بجميع الدية؛ لأنّه لمّا فدى لأولياء قتيل الأمّ] تبيّن أنّ البنت جنت على الأمّ، وهما لإنسانٍ واحدٍ، فلا يجب بجنايتهما شيءٌ، فلم يبق في البنت إلا جنايةٌ واحدةٌ.

---

(١) في ب (أرش الأم).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (فخلصا في الجناية)

قال: ولو أنّ الأمّ فقأت بعد ذلك عين البنت قبل أن تُدفع واحدةٌ منهما، فإنّ المولىٰ يُخيّر فيهما جميعًا، فيبدأ بالبنت؛ لأنّها هي التي بدأت بالجناية، فتدفع[1] إليهما، فيضرب فيها أولياء قتيل الابنة بالدية، وأولياء قتيل الأمّ بنصف قيمة الأمّ، ثم تُدفع الأمّ، فيضرب فيها أولياء قتيل الأمّ بالدية، إلا ما وصل إليهم من أَرْش البنتِ، [ويضرب فيها أولياء قتيل البنت بنصف قيمة البنت]؛ لأنّ كلّ واحدةٍ منهما جنت جنايتين، فوجب أن تدفع كلّ واحدةٍ منهما بجنايتها.

وقد اعترِض علىٰ هذا الجواب، فقيل: ينبغي أن تدفع البنت في الابتداء، فيضرب فيها [أولياء] قتيل الأم بنصف قيمة الأمّ، وأولياء قتيل البنت بالدية، إلا ما يصل إليهم في المستأنف؛ لأنّه يصل إليهم بعض الأم، فينبغي أن لا[2] يضربوا بتمام الدية.

والصحيح ما في الكتاب؛ لأنّ البنت حين دُفعت كان حقّ أولياء البنت في تمام الدية، ولم يكن وصل إليهم شيءٌ، فوجب أن يضربوا بجميع ذلك، والزيادة التي تصير لهم في المستأنف لا عبرة بها؛ لأنّ القسمةَ قد صحّت وقت الدفع، فلا يُعتبَر بعد ذلك.

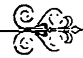
كما قالوا في رجلٍ مات وعليه لرجلٍ ألف، ولآخر ألفان، وترك ألف درهمٍ، فاقتسماها أثلاثًا، ثمّ إنّ صاحب الألفين أبرأ من ألفٍ، فإنّ القسمة الأولىٰ لا تُنتَقض[3]، كذلك هذا.

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ل (أن يضربوا).

(٣) في ب، ل (تتبعض)، والصواب في حكم المسألة ما في أ، وانظر بدائع الصنائع (٧/٢٦٣)

وإذا جنت الأمة جنايةً ، ثم ولدت ولدًا ، فقطع ولدها يدها ، فإنّ المولىٰ يدفع الولد مع الأمّ ؛ لأنّ الولد في حكم الجناية كعبد أجنبيٍّ .

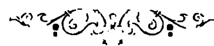
ولو أنّ عبداً لأجنبيٍّ قطع يد هذه الأمة ، كان مولىٰ العبد بالخيار : إن شاء دفعه ، وإن شاء فداه بنصف قيمة الأمة ، فكذلك هذا .

ولو أنّ عبداً جنىٰ علىٰ هذه الأمة ، فهو علىٰ ثلاثة أوجهٍ : إما أن يكون جنىٰ بعد جنايتها ، أو قبل جنايتها ، أو اختلفوا في ذلك .

فإن كان جناية العبد بعد جنايتها : فإنّ مولىٰ العبد يخيّر بين الدفع والفداء ، فإذا دفع أو فدىٰ أو اختار مولىٰ الأمة دفع الأمة ، فإنّه يدفع الأمة مع ذلك الأَرْش ؛ لأنّ حق أصحاب الجناية وجب في رقبةٍ تامّةٍ ، والأَرْش قامَ مقام بعضها ، فوجب أنّ يُدفع معها .

وإن كانت الجناية عليها قبل جنايتها : فأَرْشها يُسلّم للمولىٰ ؛ لأنّ حقّ أصحاب الجناية وجب في رقبةٍ ناقصةٍ .

وإن اختلفوا في ذلك ، فالقول قول المولىٰ ؛ لأنّ أصحاب الجناية يدّعون الحقّ في الأَرْش مع الرقبة ، فلا يُقبَل قولهم[١] .



(١) انظر : الأصل ـ في جنايات العبيد ـ ٦/٤٦٧ وما بعدها .




بَابُ
العبد يجني فيحدثُ المولى فيه ما يكون اختياراً أو لا يكون



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا قتل العبدُ قتيلاً خطأً، فأخرجه المولىٰ من ملكه ببيعٍ أو غيره، أو أعتقه، أو دبّره، أو كاتب أمةً فاستولدها، أو أقرّ به لرجلٍ وهو يعلم بالجناية، فهو مختارٌ، وعليه الدية.

وإن كان لا يعلم فعليه قيمة عبده، وذلك لما بيّنا أنّ المولىٰ مخيّرٌ في جناية العبد بين الدفع والفداء، ومن خُيّر بين أمرين، ففعل ما يدل علىٰ اختيار أحدهما، أو ما يمنع من اختيار أحدهما، تعيّن عليه الآخر، ومعلومٌ أنّه إذا باعه أو وهبه فقد تعذّر عليه دفعُه، فصار بذلك مختارًا للفداء.

وكذلك إذا أعتقه؛ لأنّ الدفع تمليكٌ، فلا يصحّ في الحر، وكذلك التدبير والاستيلاد يمنع من نقل الملك في الرقبة، فيتعذّر الدفع بفعل المولىٰ.

فأمّا إذا أقرّ به لغيره، فقد ذكر في الأصل: أنه لا يكون مختارًا، وفي غير الأصول: أنّه يكون مختارًا، وهو الذي ذكره أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ.

وجه ما في الأصل: أنّ الإقرار لا يُوجب [٣٣٧/ب] سقوط حقّ وليّ الجناية، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن يكونَ الأمرُ علىٰ ما قال المُقِرّ، فكأنّ البيّنة قامت بالملك.

وجه الرواية الأخرىٰ: أنّ العبدَ علىٰ ملكه في الظاهر، فإذا أقرّ به، استحقّه المُقَرّ له بإقراره، فصار كما لو باعه أو وهبه.

وإنّما قلنا: إنّهُ إذا فعل ما يكون به مختارًا وهو لا يعلم بالجناية، فعليه قيمة عبده إذا كانت أقلّ من الأَرْش؛ لأنّ الاختيار إنّما يكون مع العلم، فأمّا مع عدم العلم، فيستحيل أن يوصف بالاختيار، إلا أنّه منع التسليم بفعله مع تعلّق حقّ وليّ الجناية به[1]، فلزمته قيمته؛ لأنّه لم يتلف إلا ذلك.

٢٥١٨ - [فَصْل: أرش الجناية فيما إذا جنى العبد فيما دون النفس]

قال: وكذلك إذا كانت جنايته فيما دون النفس، ففعل شيئًا من هذا وهو يعلم، فعليه أَرْش الجناية.

وإن كان لا يعلم، فعليه الأقلّ من قيمته ومن أَرْش الجناية؛ لأنّ الجناية فيما دون النفس يُخيّر فيها بين الدفع والفداء كالنفس، فإذا فعل ما يمنع من الدفع وهو عالمٌ، صار مختارًا.

وإن كان (غير عالمٍ، لزمه الأقلّ؛ لأنّ الأَرْش إن كان أقلّ، فلا حقّ لولي الجناية فيما زاد عليه، وإن كان)[2] أكثر، فلم يتلف المولى إلا رقبة العبد، فلزمه ذلك.

وقد قالوا في عبدٍ قطع يد رجلٍ، فوهبه مولاه، فلا شيء على المولى، وإن باعه [المولى] من المجنيّ عليه كان مختارًا؛ لأنّه لو لم يهبه أمكنه التخلّص من الجناية بتسليمه، فلو ضمّنه لضمنه؛ لأنّه وهبه، والهبة لا توجب الضمان.

فأمّا البيع، فيجوز أن يُوجِب الضمان على البائع، فصارَ كما لو باعه من

(١) (به)، سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




أجنبيٍّ؛ ولأنّ الهبة [تقع][١] كالبيع، فوقع الدفع المُستَحقّ؛ لأنّه تمليكٌ بغير عوضٍ، والبيع لا يقع موقعه؛ لأنّه تمليكٌ بعوضٍ.

ولو [أمر][٢] المولىٰ المجنيّ عليه بعتقه، فأعتقه، صار المولىٰ مختارًا إذا كان عالمًا بالجناية[٣]؛ لأنّ المجنيّ عليه قام مقامه في [العتق][٤]، فكأنّه أعتقه بنفسه.

قال: ولو ضربه ضربًا أثّر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية، فهو مختارٌ، وإن كان لا يعلم، فعليه الأقلّ من قيمته ومن أَرْش الجناية؛ إلا أن يرضىٰ وليّ الدم أن يأخذه وبه ذلك النقصان بغير ضمانٍ يلزمه[٥] لذلك النقصان.

وهذه المسألة أطلق جوابها في الأصل، فقال: يكون مختارًا، وإنّما روي عن أبي يوسف أنّه قال هذا التفصيل، فحمل أبو الحسن ما أطلقه في الأصل علىٰ تفصيل أبي يوسف.

والدليل علىٰ أنّه يكون مختارًا: أنّه حبس جزءًا من العبد بفعله، ومنع من تسليمه، فصار كأنّه قال: اخترت بعضه دون بعض، فيكون مختارًا لجميعه.

والذي قال أبو يوسف، فيجوز أن يكون قولهم؛ لأنّ المنع من الدفع مع النقص، إنّما يثبت لحقّ ولي الجناية، فإذا رضي به، فكأنّه نقص بآفةٍ من السماء.

---

(١) في أ (بيع فوقع) وفي ل (تقع موقع). والمثبت من ب.

(٢) في أ (أقرّ) والمثبت من ل.

(٣) هذه العبارة في ب (ولو أنّ المولىٰ المجنيّ عليه تعيب، فلا يعتبر ضمان المولىٰ مختاراً، إذا كان عالماً بالخيار)، والعبارة في هذه الصورة ركيكةٌ غير واضحة المعنىٰ، والصواب ما في أ.

(٤) في أ (العين) والمثبت من ل.

(٥) في أ، ل (يلزمه المولىٰ)، والمثبت من ب، وهو أوضح.

٢٥١٩ـ [فَصْل: العبد الجاني إذا ضربه المولىٰ فابيضت عينه]

قال: ولو ضربه المولىٰ فابيضّت عينه خطأً وهو يعلم بالجناية[١]، فهو مختارٌ، فإن ذهب البياض قبل أن يخاصم، فإنّه يدفع أو يفدي، وليس هذا باختيارٍ؛ وذلك لأنّ بياض العين يمنع من الدفع للنقص الحاصل، وذلك النقص مراعىً لجواز أن يزول، فإذا زال فكأن لم يكن.

٢٥٢٠ـ [فَصْل: العبد الجاني يضمنه القاضي الدية بعد الضرب]

قال: ولو خوصم في حال البياض، فضمّنه القاضي الدية، وقد كان الضرب من المولىٰ وهو يعلم بالجناية، ثم ذهب البياض، فالقضاء نافذٌ لا يُردّ؛ ولأنّ تعذّر الدفع كان مراعىً، فلما حكم الحاكم بأحد وجهي المراعاة، سقط الآخر.

قال: وإن استخدمه بعد العلم بالجناية، فعطب بالخدمة، فلا ضمان عليه، ولا يكون هذا اختيارًا؛ وذلك لأنّ الخدمة لا تختصّ بالملك، فلا يدل علىٰ اختيار المالك.

ولهذا قالوا: في العبد المشروط فيه الخيار، إذا استخدمه المشتري، إنّ خياره باقٍ، فكذلك لا يدل علىٰ الاختيار في مسألتنا، ولا يضمن المولىٰ بعطبه في الخدمة؛ لأنّه ليس بمتعدٍّ في الاستخدام، ألا ترىٰ أنّ منافعه علىٰ ملكه، فموته من الخدمة كموته بآفةٍ من السماء.

وكذلك لو كان عليه دينٌ، فاستخدمه، لم يضمن للغرماء؛ لما بيّنا أنّ [المنافع][٢] علىٰ ملكه، فاستخدامه ليس بمتعدٍّ فيه.

---

(١) في ل (بالخيار).

(٢) في أ (الخدمة) والمثبت من ب، ل.




وكذلك لو كانت أمةً فوطئها، فليس الوطء باختيارٍ، هذا كالخدمة، فإن علقت وقد وطئ وهو يعلم بالجناية[1]، فعليه الدية.

ومن أصحابنا من روىٰ عن أبي يوسف: أنّ الوطء اختيارٌ، وهذا إنّما هو في وطء الثيِّب.

وجه قولهم المشهور: أنّه استوفىٰ منفعةً علىٰ ملكه لا توجب نقصًا في العين[2]، فلا يمنع الدفع كالاستخدام، وليس هذا كوطء البكر؛ لأنّه إتلافٌ لجزءٍ منها من طريق المشاهدة.

وجه قول أبي يوسف: أنّ الوطء أُجري مجرىٰ إتلاف جزءٍ[3]، ألا ترىٰ أنّه إذا حصل ذلك في [ملك] الغير لم يخل من معنًى يجب به، [إمّا عَقرٍ أو حدٍّ][4].

وأمّا إذا علقت، فقد تعذّر الدفع فيها بالاستيلاد، فصار مختارًا.

٢٠٢١ - [فَصْل: فسخ القاضي لإجارة العبد الجاني]

قال: فإن آجره، فإنّ الحاكم ينقض الإجارة، ويقول ادفع أو افد، وقد اختلف جواب هذه المسألة في نسخ كتاب الديّات لمحمد، فقال في بعض النسخ: إنّ الإجارة والرهن ليستا باختيارٍ، ولكن القاضي يفسخهما، ويخيّره.

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ب (فيما يوجب نقصاً في العين)، والمناسب في تعليل الحكم ما في أ.

(٣) في ب (أن الوطء لجزء منها جرىٰ مجرىٰ إتلافٍ)، والعبارة ركيكةٌ بهذه الصورة.

(٤) في أ (إما عقوبةٍ أو غرم)، والمثبت من ب، وهو الصواب في حكم المسألة، لأنّ حصول ذلك في ملك الغير لا يوجب غرامةً بحالٍ.

ووجه ذلك: أنّ الإجارة تنفسخ بالعذر، وتعلّق حقّ وليّ[1] الجناية [بالرقبة][2] عذرٌ في الفسخ، فلم يتمّ العقد، فلا يصير به مختارًا، وكذلك الرهن، يزول عنه يد المرتهن بغير اختياره إذا [قضاه الراهن الدين][3]، فصار كالوديعة.

وقال في بعض النسخ: إنّه يكون اختيارًا. ووجهه: أنّ الإجارة والرهن يتعلّق بهما استحقاق يد المولىٰ، فصار كالبيع.

قال: وإن أذن له في التجارة، فاستدان دينًا، فإنّ الحاكم يخيّره: إن شاء فداه، وإن شاء دفعه بالجناية، فإن أراد دفعه، فليس له ذلك إلا أن يرضىٰ المجنيّ عليه أن يقبله ويبيعه[4] الدين عنده.

وإنّما لم يصر بالإذن له في التجارة مختارًا؛ لأنّ الإذن لا يزيل ملكه، فلا يمنع دفعه، فصار كاستخدامه، فإذا لحقه الدّين فقد نقصت الرقبة بسببٍ من جهة المولىٰ، فلولي الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصًا بالدين، ويلزم المولىٰ القيمة؛ لأنّه غير مختارٍ بالإذن، فلا يلزمه الأَرْش، وإذا بطل الدفع[5] من غير اختيارٍ، فوجبت القيمة، هكذا ذكره محمدٌ في الأصل.

وقد قيل: إنّ محمدًا أجاب بحاصل الضمان، وإلا فالتقدير أن يدفعَ بالجناية، فإن اتّبعه الغرماء فباعوه في يد المجنيّ عليه، رجع المجني عليه بقيمته علىٰ المولىٰ؛ لأنّه استُحقّ من يده بسببٍ من جهة المولىٰ. [بعد الجناية]

(١) هذه الكلمة سقطت من ب، ل.
(٢) في أ (بالدية)، والمثبت من ب، ل.
(٣) في أ (إذا قضىٰ الرهن)، والمثبت من ب، وهو أصح في تصوير المسألة.
(٤) في ل (أن يقتله ويبيعه المدبر عنده).
(٥) هذه الكلمة سقطت من ب.




٢٥٢٢ - [فَصل: وطء السيد الجارية الجانية]

قال: وإن وطئ أمته وهي بكرٌ، وقد جَنَتْ، فهو اختيارٌ إذا كان يعلم بالجناية؛ لأنّه حبس بالوطء جزءاً منها، فكأنّه اختار بعضها.

٢٥٢٣ - [فَصل: كتابة المولىٰ للعبد الجاني ثم عجزه]

قال: ولو كاتب المولىٰ[(١)] العبد الجاني، ثم عجز، فإذا كان بعد العلم بالجناية، فعليه الأَرْش في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان لا يعلم بالجناية، [٣٣٨/أ] فإنّه يقال للمولىٰ: ادفعه أو افده.

قال أبو يوسف: ليس الخصومة قبل ما يعجز وبعدما يعجز سواء، وهو مختلفٌ؛ لأنّه لا يقدر علىٰ دفعه بالجناية، وهو يقدر[(٢)] علىٰ دفعه إذا عجز.

وقد روي عن أبي يوسف: أنّ الكتابة اختيارٌ.

وجهُ رواية الأصل: أنّ الكتابة لا توجب زوال الملك، والدفع فيها مراعًىٰ؛ لجواز أن يعجز، فيمكن فيه التسليم، فإذا عجز، صارت الكتابة كأن لم تكن.

وأمّا إذا خاصمه في حال الكتابة، فقد تعذّر الدفع، فيقضي القاضي بالأَرْش، فإذا عجز بعد ذلك، لم ينقض ذلك الحكم[(٣)].

وجه قول أبي يوسف: أنّ الكتابة عقدٌ يوجب زوال يد المولىٰ عنه كالبيع؛

---

(١) في ل (ولو كانت الأمة لعبد الجاني).

(٢) في ب (لا يقدر)، وفي ل (يقدر) في الموضعين والصواب ما في أ، لأنّ عجز المكَاتَب ينفي حكم المكاتبة.

(٣) في ب (لم يتغير) في ل (فلم يعتبر الحكم).

ولأنّه لا يعود إلىٰ يده إلا بسببٍ من فعل غيره، فصار كالبيع.

وقد قالوا في الكتابة الفاسدة: إنّها اختيارٌ، والبيع الفاسد ليس باختيارٍ حتّىٰ يُسلَّم.

والفرق بينهما: أنّ [عندنا] عقد الكتابة الفاسدة كقبض [البيع]؛ بدلالة تعلّق [العتق][1] بكلّ واحدٍ منهما، والعقد الفاسد لا يتعلّق [العتق][2] به، فهو كإيجابٍ بلا قبولٍ.

٢٥٢٤ - [فَصْل: بيع السيد العبد الجاني ثم رُدّ عليه بعيب]

ولو باعه بيعًا بتاتًا، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ بقضاء قاضٍ، فهو مختارٌ للدية؛ وذلك لأنّ البيع يوجبُ زوال ملكه عن العبد، فيتعذّر الدفع ويتعين الفداء، علىٰ قياس[3] أنّ من خُيّر بين أمرين، ففعل ما يمنع أحدهما، تعيَّن الآخر.

٢٥٢٥ - [فَصْل: بيع العبد الجاني والخيار للمشتري]

قال: ولو باعه والخيار للمشتري، كان كذلك في قول أبي حنيفة؛ وذلك لأنّ من أصل أبي حنيفة: أنّ خيار المشتري لا يمنع زوال ملك البائع، وإذا زال ملكه عن العبد، صار كالبيع الباتّ.

وأّما علىٰ قولهما: فهو أظهر؛ لأنّ المبيع خرجَ من ملك البائع، ودخل في ملك المشتري، وأمّا إذا كان الخيار للبائع، فنقض البيع وهو يعلم أو لا يعلم،

---

(١) في أ (العين)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (العين)، والمثبت من ب.

(٣) في ب، ل (علىٰ ما بينّا).




لم يكن مختارًا ، وقيل له: ادفعه أو افده ؛ وذلك لأنّ البيع بشرط الخيار للبائع ، لا يوجب زوال ملكه ، ولا يمنع من الدفع ، فلا يكون اختيارًا.

وقد قال أصحابنا: إنّ العرض على البيع ليس باختيارٍ ؛ لأنّه لا يزيل الملك ، (ولا يمنع الدفع.

وقال زفر: هو اختيارٌ ؛ لأنّه يدل على تبقية الملك)[1] ، وهذا يسقط[2] خيار الشرط ، فعلى قول زفر: البيع بشرط الخيار أولى أن يكون اختيارًا.

وأمّا إذا باعه بيعًا بتاتًا ، وهو لا يعلم بالجناية ، ولم يُخاصَم فيها حتّى رُدّ العبد عليه بعيبٍ ، بقضاءٍ ، أو بخيار رؤيةٍ ، أو شرطٍ ، فإنّه يقال له: ادفعه أو افده ، ولا يلزمه الأَرْش ؛ لأنّه لا يصير مختارًا بالبيع ؛ لعدم علمه بالجناية ، وإنّما تعذّر الدفع ، فلما عاد على حكم الملك الأول عاد بحقوقه ، فكان الخيار له بحاله.

وقد ذكر في الأصل: أنّ التزويج لا يكون اختياراً ؛ لأنّه لا يمنع الدفع ، ولا يوجب نقصًا في العين ، وإنّما هو عَيبٌ من طريق الحكم ، فصار كالإقرار عليه بدينٍ.

وذكر في الأصل: فيمن قال لعبده: إذا قتلت فلاناً فأنت حرٌّ ، فقتله ، صار مختارًا.

وقال زفر: لا يكون مختارًا.

وجه قولهم: أنّه لما أضاف العتق إلى حال الجناية ، فكأنّه تكلّم[3] به في

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ل (ولهذا سقط الخيار).

(٣) في ل (بعلم به في ملك الحال).

ذلك الحال، ولو أعتقه بعد قتله، صار مختارًا، كذلك هذا.

ولهذا قال أصحابنا فيمن قال لزوجته: إن دخلت الدار، فوالله لا أقربك: إنّ ابتداء الإيلاء يكون عقيب الدخول، فكأنّه تكلّم به بعد الشرط.

وقالوا فيمن قال لزوجته: إذا مرضتُ فأنت طالقٌ ثلاثًا، فمرض، وقع الطلاق عليها، وورثت؛ لأنّه كالموقع للطلاق في حال المرض.

وجه قول زفر: أنّه لم يوجد منه فعلٌ بعد الجناية يَصير به مختارًا، وإنّما عتق بقولٍ سابقٍ، ولا حقّ لوليّ الجناية [عليه] عند اليمين، (فلم يكن مختارًا)[1].

٢٥٢٦ - [فَصل: المعتبر في الخبر العدد أو العدالة]

قال: وإذا أَخْبَرَ المولَىٰ رجلٌ واحدٌ ليس بعدلٍ، فليس بمختارٍ؛ فإن أخبره رجلٌ ثقةٌ أو رجلان، فأعتقه، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك: هو مختارٌ.

وقال أبو يوسف: هو عندي واحدٌ، إن أخبره صبيٌّ، أو امرأةٌ، أو كافرٌ، أو مسلمٌ، أو فاسقٌ، أو عدلٌ، فأعتقه، وكان ذلك الخبر حقًا، فهو مختارٌ، وهو قول محمدٍ.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: أنّه لا يكون مختارًا حتّىٰ يخبره رجلان عدلان، وهو قول زفر والحسن.

وجه قول أبي حنيفة المشهور: أنّ المعتبر في المخبر أحد شرطي الشهادة: إمّا العدد، أو العدالة؛ لأنّ هذا الخبر أخذ شبهًا من الشهادات؛ لأنّه[2] يوجب

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ل (لا يوجب).




الضمان، وله شبهٌ بالأخبار؛ لأنّ لفظ الشهادة لا يُعتَبر فيه، فوجب أن يُعطَى[1] الشبه [حظّه] من الأصلين، فيُعتَبر فيه أحد الشرطين دون الآخر.

وجه رواية الحسن: أنّ هذا القول يتعلّق به إيجاب الضمان على المولى، كالشهادة.

وجه قولهما: أنّه خبرٌ من أخبار المعاملات، فصار كسائر الأخبار.



(١) في ل (فوجب أن لا يعطى اشبه).

بَابُ
جنايةِ المُدبَّرِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: جناية المُدَبَّر علىٰ سيده في ماله دون عاقلته حالَّةً. فإذا قتل المُدَبَّرُ رجلاً خطأً، أو جنىٰ عليه فيما دون النفس، فذلك كلّه علىٰ المولىٰ في قيمة المُدَبَّر، يكون عليه الأقلّ من قيمة المدبَّر ومن أَرْش جنايته، لا يلزم المولىٰ بجناية المُدبَّر أكثر من قيمةٍ واحدةٍ، وإن كثرت الأروش وجاوزت إلىٰ مائة ألفٍ، يشترك من جنىٰ عليه المُدبَّر أوّلاً وآخرًا، تقارب ما بين الجنايات أو تفاوت[1].

والدليل علىٰ أنّ جناية المُدبَّر علىٰ المولىٰ: ما ذكر محمدٌ في الجنايات: أنّ أبا عبيدة بن الجراح قضىٰ بجناية المدبّر علىٰ مولاه[2]، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف، وقد كان أبو عبيدة أمير الشام، وقضاياه تظهر فيما بين الصحابة، وذكر عن عمر بن عبدالعزيز وإبراهيم مثل ذلك[3].

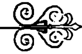
ولأنّ المولىٰ صار مانعاً من تسليمه في الجناية بالتدبير من غير اختيارٍ، فكأنّه دبّره وهو لا يعلم بالجناية، وإنّما لزمه الأقلّ؛ لأنّ الأَرْش إن كان أقلّ فلا حقّ لوليّ الجناية فيما زاد عليه، وإن كان أكثر فلم يُتلِف المولىٰ بالتدبير إلا الرقبة.

---

(١) في ب (أو لم يقارب كذلك) وفي ل (كتقارب).

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٣٩٦/٥).

(٣) رواه عنهما ابن أبي شيبة في الموضع السابق.




وإنّما لزمه في جميع الجنايات قيمةٌ واحدةٌ؛ لأنّ المنع منعٌ واحدٌ، والضمان يتعلّق به، فكأنّ الجنايات اجتمعت ثمّ دبّره.

٢٥٢٧ - [فَصْل: الاستحقاق في قيمة الجاني]

قال: وسواءٌ كانت على المولىٰ ثمّ نقص منه(١)، أو كانت قد قبضت منه، فيتضاربون في القيمة بقدر ما لكلّ واحدٍ منهم من أَرْش جنايته، كما بيّنت لك أنّهم يتضاربون في قيمة العبد الجاني؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهم يستحقّ بقدر جنايته، فيضرب بذلك.

٢٥٢٨ - [فَصْل: الاعتبار بقيمة المدبر]

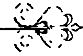
قال: ويُعتبَر بقيمة المُدبَّر [لكلّ واحدٍ منهم] يوم جنىٰ عليه، ولا تعتبر القيمة يوم التدبير، فإذا قتل قتيلاً خطأً وقيمته يوم قتله ألف [درهم]، ثم زادت قيمته فصار ألفًا وخمسمائة، ثم قتل آخر، فإنّ ولي الجناية الثانية يأخذ من المولىٰ خمسمائة فضل القيمة، يحسب ذلك عليه من أَرْش جنايته، ثم يُقسَّم الباقي، وهو ألفٌ، علىٰ تسعةٍ(٢) وثلاثين [جزءاً](٣).

وإنّما اعتُبِرَ يوم الجناية؛ لأنّ المولىٰ صار مانعاً بالتدبير السابق من تسليمه في الحال، فكأنّه جنىٰ ثم دبّره، فيعتبر قيمته حينئذٍ.

وما زاد من القيمة [٣٣٨/ب] بعد الجناية لا حقّ لوليّ الجناية الأولىٰ فيه؛ لأنّها زيادةٌ حدثت وقد تعلّق حَقّهُ بالذمّة دون الرقبة.

---

(١) في ب (لم يقتص منه).
(٢) في ل (سبعة).
(٣) في أ (ألفاً)، والمثبت من ب، وهو الأنسب، إذ التقسيم علىٰ الأسهم.

فإذا ثبت هذا قلنا: لمّا قتل قتيلاً وقيمته ألفٌ، ثم قتل آخر وقد زادت قيمته خمسمائة، فهذه الزيادة لا حقّ لوليّ الجناية الأولىٰ [فيها]، فينفرد بها وليّ الثانية، وهي محتَسَبٌ بها من حقّه، فيبقىٰ له من الدين تسعة آلاف وخمسمائة، وللأوّل[1] دِيَةٌ بكاملها، فإذا جعلت كله خمسمائة سهمًا، كان للأوّل عشرون، وللثاني تسعة عشر، يقتسمون الألف علىٰ ذلك.

قال: وكذلك لو كان المولىٰ دفع قيمة المُدبَّر الأوّل خمسمائةً، ثم جنىٰ علىٰ آخر وقيمته ألفٌ، فإنّ المولىٰ يدفع خمسمائةً فضل القيمة إلىٰ الثاني، ثم يتبع الثاني الأوّل فيما قبض، فيكون بينهما علىٰ تسعةٍ وثلاثين جزءًا؛ لمّا قدمنا أنّ الزيادة لا حقّ للأوّل فيها، فينفرد الثاني بها[2]، ويبقىٰ حقّهما في الخمسمائة، فيتضاربان فيها بقدر الحقين.

٢٥٢٩ـ [فَصل: موت المدبر بعد قتل القتيل خطأً]

قال: ولو قتل المُدبَّر قتيلاً خطأً ثمّ مات بعد الجناية بلا [فصلٍ][3]، لم يبطل عن المولىٰ القيمة؛ لأنّها وجبت في ذمّته عقيب الجناية، فبقاء الرقبة وتلفها سواءٌ.

وكذلك لو جنىٰ وقيمته ألفٌ، ثم عمي، لم يحطّ عن المولىٰ شيءٌ للعمي، وكان عليه قيمته تامةً؛ لما بيّنا أنّ القيمة وجبت في الذمة، فنقصان العين لا يؤثّر فيها، كما لا يؤثّر تلفها.

قال: وإذا قتل المُدبَّر قتيلاً خطأً، فدفع المولىٰ القيمة إلىٰ وليّ الجناية بقضاءٍ

(١) في ل (والأقل دية بكاملها).
(٢) في ب (فيؤديها الثاني)، خطأ.
(٣) في أ (فضل)، والمثبت من ب.

أو بغير قضاءٍ، ثم قتل آخر، فإن كان دفع القيمة بقضاءٍ، فإنّ الثاني يتبع الأول.

وإن كان بغير قضاءٍ، فإنّ الثاني عند أبي حنيفة بالخيار: إن شاء ضَمّن الأوّل ما يخصّه، وإن شاء اتّبع القابضَ بذلك، فإن أخذ من المولىٰ، رجع المولىٰ علىٰ القابض بما أخذ الثاني منه، فإن اتبع القابض وترك المولىٰ فأخذ منه ما يخصّه، لم يرجع القابض المأخوذ منه علىٰ المولىٰ بشيءٍ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: الدفع بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ واحدٌ، فيتبع الثاني الأوّل، ولا سبيل له [علىٰ المولىٰ](١).

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ جنايات المُدبَّر يستند ضمانها إلىٰ التدبير السابق الذي صار المولىٰ به مانعاً، فكأنّ الجنايات وُجدَت ثم دَبّر(٢)، فيتعلّق حقّ(٣) جماعتهم [بالقيمة](٤).

فإن دفع المولىٰ بقضاءٍ، فقد زالت يد المولىٰ عنها بغير اختياره، فلا يلزمه ضمانها، وإن دفع بغير قضاءٍ، (فقد سلّم إلىٰ الأوّل ما يتعلّق به حقّ الثاني، فكان الثاني بالخيار في تضمين أيهما شاء.

وهذا كما قالوا في الوصيّ إذا صرف التركة إلىٰ الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، فإن كان دفع بقضاءٍ شارك الغريم الآخر الغرماء بما قبضوه، ولم يرجع علىٰ الوصيّ، وإن كان دفع بغير قضاءٍ)(٥)، كان الغريم بالخيار: إن شاء ضمّن

---

(١) في أ (علىٰ الأول)، والمثبت من ب.
(٢) في ب (بتدبيره).
(٣) في ل (حكم).
(٤) في ب (بالقسمة) والمثبت من ل.
(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

الوصيّ، وإن شاء[1] شارك الغرماء.

فإن اختار الوليّ تضمين المولىٰ، رجع المولىٰ علىٰ وليّ الجناية الأولىٰ؛ لأنّه سلّم إليه ما ليس بحقٍّ له، فإن ضمّن ولي الجناية الأولىٰ لم يرجع علىٰ المولىٰ[2] بشيء؛ لأنّ حاصل الضمان عليه.

وجه قولهما: أنّ المولىٰ دفع إلىٰ الأوّل، ولا حقّ لولي الجناية الثانية، فلم يكن متعدّيًا في الدفع، فلم يلزمه ضمانٌ.

قال: ولو أعتق المولىٰ المُدبَّر، وقد جنىٰ جناياتٍ كثيرةً، لم يلزمه إلا قيمة واحدة، وعتاقه له وغير عتاقه سواءٌ؛ وذلك لأنّ الضمان متعلّقٌ بالذمّة[3]، والعتق إنّما يوجب علىٰ المولىٰ الضمان؛ لأنّه يمنع به الدفع، وهذا [المعنىٰ] لا يوجد في المُدبَّر.

٢٥٣٠ - [فَصل: جناية أم الولد علىٰ المولىٰ]

قال: وجناية أمّ الولد علىٰ المولىٰ، وهي جميع ما ذكرت لك بمنزلة المُدبَّر؛ لأنّ حقّ الحريّة يتعلق برقبتها كالمُدبَّرة؛ ولأنّ المولىٰ منع من تسليمها بالاستيلاد السابق من غير اختيارٍ.

قال: وإذا أقرَّ المُدبَّر بجنايةٍ لم يجز إقراره، ولم يلزمه شيءٌ، عتق أو لم يعتق، وهذا إنّما يُعنَىٰ به جناية الخطأ؛ لأنّها لازمةٌ لمولاه، فإقراره علىٰ المولىٰ لا يتعلّق به حكمٌ [والله أعلم].

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ب (علىٰ الغريم)، والمناسب في السياق ما في أ.

(٣) في ب ول (غير متعلقٍ بالرقبة).

بَابُ
جنايةِ المكاتبِ



قال الشيخ أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وجناية المُكَاتَب علىٰ نفسه دون سَيِّده ودونَ العَاقلةِ، يُحكَم عليه بالأقلّ من قيمته ومن أَرْش جنايته؛ وذلك لأنّ اكتسابَ المُكَاتَب لنفسه، فكانت جنايته عليه كالحرّ[1]؛ ولأنّه هو المانع من تسليم رقبته في الجناية بقبوله الكتابة، فصار كالمولىٰ المانع لتسليم المُدبَّر بالتدبير، فإذا لزمت (جناية المُدبَّر للمولىٰ، لزمت)[2] جناية المُكَاتَب المكاتِبِ.

ولا يقال: إنّ المولىٰ هو المانع بعقد الكتابة، كما منع بالتدبير؛ لأنّ نفس العقد لا يمنع الدفع إذا حصل العجز، وإنّما يمنع البقاء عليه، وذلك لحقّ المُكَاتَب.

وإنّما لزمه الأقلّ (من قيمته ومن الأَرْش)[3]؛ لأنّ الأَرْش[4] إذا كان هو الأقلّ، فلا حقّ للمولىٰ في أكثر منه، وإذا كانت القيمة أقلّ، فلم يمنع المكاتب ما زاد عليها، فلا يلزمه ما لم يمنع منه.

٢٥٣١ - [فَصْل: جناية المكاتب تتعلق برقبته]

قال: وإذا حكم الحاكم، صارت دينًا عليه وسقطت من رقبته، وما لم يحكم

---

(١) في ب (كالحر من قيمته)، وهذه الزيادة لا تناسب السياق.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب ول.

(٤) الأَرْش: «دية الجراحات»، وكذلك ما وجب من المال في الجناية علىٰ ما دون النفس. انظر: مختار الصحاح؛ معجم لغة الفقهاء (أرش).




الحاكم، فهي في رقبته، وهذا قول أصحابنا: إنّ جناية المُكَاتَب تتعلّق برقبته.

وقال زفر: بذمّته.

لنا: أنّ الرقبة يجوز تسليمها في الجناية لو عجز المُكَاتَب، وكل رقبةٍ يُتَصَوّر إمكان تسليمها، تعلّقت الجناية بها كرقبة العبد.

وجه قول زفر: أنّ رقبة المُكَاتَب لا يصحّ فيها التمليك، فصار كالحرّ والُمدبّر، فلا تتعلّق الجناية برقبته.

وفائدة هذا الخلاف: أنّ المُكَاتَب إذا عجز قبل انتقال الجناية من رقبته، قيل للمولىٰ: ادفعه أو افده، وقال زفر: يباع في الأَرْش.

فعلىٰ قولنا: الجناية في الرقبة، وقد أمكن فيها الدفع، فصارت كجناية العبد.

وعلىٰ قوله: الجناية في الذمّة، فيُباع فيها إذا عجز كما يُباع في الديون.

ويظهر الخلاف أيضًا في المكاتب إذا جنىٰ، ثم جنىٰ قبل القضاء عليه بالجناية الأولىٰ[1]، قُضِي عليه بقيمةٍ واحدةٍ؛ لأنّ الجناية الأولىٰ متعلّقةٌ برقبته، وكذلك الثانية، فتتضايق الرقبة عنهما كجنايتي العبد.

وعلىٰ قول زفر: يُحكَم في كلّ جنايةٍ بقيمةٍ؛ لأنّها تجب عنده في الذمّة، والذمّة لا تتضايق.

وإذا ثبت أنّ جناية المُكَاتَب تتعلّق برقبته، لم تنتقل إلىٰ ذمته إلا بأحد معانٍ ثلاثة: إمّا أن يحكم الحاكم عليه بأرشها، أو يصطلحوا علىٰ الأَرْش، أو يموت ويترك مالاً أو ولدًا؛ وذلك لأنّ القاضي إذا قضىٰ فقد كانت الجناية موقوفة

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

الحكم؛ لجواز أن يعجز، فيدفع أو يعتق، فيتعذّر الدفع، فإذا قضىٰ القاضي بالأَرْش، فقد حكم بأحد جهتي المراعاة وإبطال الجهة الأخرىٰ، وكذلك إذا اصطلحوا؛ لأنّ الصلح يوجب البدل في الذمّة، فتنتقل الجناية عن الرّقبة.

وأما إذا مات وترك وفاءً، [٣٣٩/أ] فقد حكمنا بعتقه في آخر جُزءٍ من أجزاء حياته، وذلك يمنع من دفع الرقبة، فينتقل الحقّ إلىٰ الذمّة، وكذلك إذا أُعتق في حال الحياة؛ لهذه العلة، وكذلك إذا ترك ولدًا؛ لأنّ الولد قام مقامه وتعذّر دفع الرقبة بالموت.

٢٥٣٢ - [فَصْل: الجنايات المتعلقة التي تتضايق رقبة المكاتب عنها]

قال: وإذا جنىٰ المُكَاتَب جناياتٍ، جنايةً بعد جنايةٍ قبل أن يُحكَم عليه بشيءٍ، ثمّ رافعوه إلىٰ الحاكم، فإنّ الحاكم يحكم عليه بالأقلّ من قيمته ومن أروش الجنايات التي لزمته، وهذا علىٰ ما قدمنا: أنّ الجنايات تتعلّق برقبته، فتتضايق عنها[١].

قال: وإن جنىٰ جناية، فحُكِم عليه بالأقلّ من قيمته ومن أَرْش الجناية[٢]، ثم جنىٰ جنايةً أخرىٰ، [فخوصم فيها]، فإنّه يُحكَم عليه أيضًا بالأقلّ من قيمته ومن أَرْش الجناية؛ لأنّه لمّا حكم بالأولىٰ، نقلها من الرقبة إلىٰ الذمّة، فصادفت الجناية الثانية رقبةً فارغةً، فتعلّقت بها الأولىٰ.



(١) في ب (قيمتها)، خطأ، والمعنىٰ تتضايق الرقبة عن تحمل الأكثر من الأروش أو القيمة؛ لأنّ الجناية تتعلّق بالرقبة، والرقبة الواحدة تتضايق عنها.

(٢) في ب (ومن أرشها).

٢٥٣٣ ـ فَصْل: [جناية المكاتب جنايات قبل الحكم عليه]

قال: وينظر الحاكم إلىٰ قيمة المُكَاتَب يوم جنىٰ في كلّ جنايةٍ يُرفع إليه فيها، ولا يُعتبَر زيادة القيمة بعد الجناية، ولا نقصانها؛ لأنّ الدفع لو كان عمداً يجب عند الجناية، فاعتُبِر ما وقع[1] المنع منه في تلك الحالة علىٰ ما بيّنا في المُدبّر.

قال: وإذا أقرّ المُكَاتَب بجنايةٍ خطأً، لزمته وحكم الحاكم عليه بها؛ وذلك لأنّ جنايته مستحقّةٌ من كسبه، وهو أحقّ بأكسابه، فينفذ إقراره كالحرّ.

قال: فإن لم يحكم حتّىٰ عجز، بطلت؛ وذلك لأنّ الإقرار [صار] لازماً للمولىٰ، ألا ترىٰ أنّ الجناية لو ثبتت، لزم المولىٰ الدفع أو الفداء، فلم يجز إقرار المُكَاتَب في حقّ غيره[2].

٢٥٣٤ ـ [فَصْل: عَجز المكاتب بعد حكم الحاكم]

قال: فإن حكم الحاكم عليه بها، ثم عجز، بطلت عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا تبطل، وهي دينٌ.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ المُكَاتَب ـ فيما لم تتضمن الكتابة الإذن فيه ـ باقٍ علىٰ أصل حجره؛ بدلالة القرض، والكتابة لا تتضمّن الإقرار بالجناية، فكان محجوراً عليه في الإقرار، وإنّما ألزمناه بذلك لثبوت حقّه في أكسابه، فإذا عجز زال هذا المعنىٰ، فبطل ما يتعلّق بإقراره.

وجه قولهما: أنّ الحاكم لما حكم عليه، صارت الجناية ديناً في ذمته، فلا

---

(١) في ل (دفع).

(٢) انظر: الأصل ٦/٤٧٢.




يبطل بعجزه، كما لو أقرّ بدينٍ ثم عجز.

٢٥٣٥ـ [فَصْل: إقرار المكاتب بجناية لم يحكم بها الحاكم]

قال: فإن أقرّ بجنايةٍ، فلم يحكم الحاكم بها حتّىٰ أدّىٰ، فعتق، صارت دينًا عليه حين عتق؛ وذلك لأنّ جنايته تلزمه في أكسابه، ولا يلزم المولىٰ عنه، فيتأكد بعتقه، كالديون التي يقرّ بها.

وليس كذلك العبد يقرّ بالجناية ثم يعتق؛ لأنّ جنايته علىٰ مولاه، ومن أقرّ بحقٍّ علىٰ غيره لم يلزمه في نفسه.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا جنىٰ المكاتب جناية عمدٍ، فصالح منها، فالصلح جائزٌ في قولهم؛ لأنّ ذلك يؤدي إلىٰ تبقية الكتابة، ألا ترىٰ أنّه لو لم يصالح اقتُصّ منه وبطلت الكتابة، فإذا صالح جاز صلحه لهذا المعنىٰ.

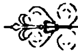
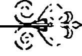
فإن أدّىٰ المال في حال الكتابة جاز؛ لأنّه يملك كسبه، فإن عجز [قبل أن يؤدي][1] بطل المال عنه في قول أبي حنيفة؛ لأنّ عقد الكتابة لم يتضمن [الإذن في] الصلح، وإنّما جاز في حقّه؛ لأنّه يملك أكسابه، فإذا عجز صار الصلح في حقّ مولاه، فلم يجز.

وعلىٰ قولهما: صار المال دينًا عليه بالصلح، والدين [الذي] يلزمه[2] بعقوده لا يسقط بالعجز، كأثمان البياعات.



(١) في أ (وملّ أن يؤدي)، والمثبت من ب، ل.

(٢) في ل (المكاتب).

[قال الشيخ]: ومما يلحق بهذا الباب

أنّهم قالوا: في المُكَاتَب إذا قتل [قتيلاً] وقيمته أكثر من عشرة آلاف، فإنّه يغرم قيمته عشرة آلاف إلا عشرة؛ لأنّ المملوك لا يتقوّم في الجناية بأكثر من ذلك، أصله: إذا جُني عليه.

وقالوا[1]: في المُكَاتَب إذا جنىٰ جناية، ثم مات ولم يترك وفاءً، فترك أقلّ من مال الجناية[2]: فما ترك للمولىٰ، ولا شيء لصاحب الجناية إن كان القاضي لم يقض عليه بالجناية؛ لأنّها متعلقةٌ برقبته عندنا، فإذا مات عاجزًا سقطت، كالعبد إذا جنىٰ ثم مات.

فأمّا إذا ترك وفاءً (بالجناية، فأصحاب الجناية أولىٰ بما ترك؛ لأنّ المُكَاتَب إذا ترك وفاءً)[3]، فهو كالحرّ؛ بدلالة أنّا نحكم بعتقه، ولو كان حيًّا كان وليُّ الجناية أولىٰ بما في يده من مولاه.

وإن مات المُكَاتَب وترك مالاً وعليه دينٌ وجنايةٌ وكتابةٌ، فإن كان القاضي قد قضىٰ بالجناية، فصاحب الجناية وصاحب الدين سواءٌ؛ لأنّ الجناية صارت دينًا بالقضاء.

وأما إذا كان القاضي لم يقض عليه بالجناية، فإنّه يبدأ بالدين؛ لأنّ الدين ثابتٌ في حال الحريّة والرقّ، فكان أقوىٰ، فصاحبه أولىٰ.

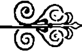
ثم ينظر إلىٰ ما بقي من تركته، فإن كان فيه وفاءٌ بالكتابة، بُدئ بصاحب

---

(١) في ب (وقال).

(٢) في ب، ل (أقل من مال الكتابة).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.




الجناية، وإن لم يكن فيه وفاءٌ، كان ما بقي بعد الدين للمولىٰ؛ لأنّه مات عبدًا فبطلت جنايته.

وقالوا: في المكاتب إذا مات وعليه دينٌ، بُدِئ بالدين قبل مال الكتابة.

وحكي عن قتادة قال: قلت لسعيد بن المسيب: إنّ شريحًا يقول: إنّ الأجنبي والمولىٰ يتخاصمان، فقال سعيد بن المسيب: أخطأ شريحٌ وإن كان قاضيًا، قضاء زيد بن ثابت أولىٰ، وزيدٌ كان يقول: يبدأ بدين الأجنبي[1].

وهذا صحيحٌ؛ لأنّ دين الأجنبي ثابتٌ في جميع الأحوال، ودين المولىٰ ثابتٌ في حالٍ دون حالٍ، فالبداية بالأقوىٰ أولىٰ.

وليس [هذا][2] كما قبل الموت، أنّ المُكَاتَب يبدأ بأي الديون شاء، إن شاء: بدين الأجنبي، وإن شاء بالأَرْش، وإن شاء بمال الكتابة؛ لأنّه يؤدي من كسبه، وتدبير أكسابه إليه، فكان له أن يبدأ بأي ديونه شاء.

وعلىٰ هذا قالوا في المُكَاتَب إذا مات وترك ولدًا: إنّ ولده يبدأ من كسبه بأي الديون شاء؛ لأنّه قام مقام المُكَاتَب، فتدبير كسبه إليه، فأمّا إذا مات المُكَاتَب، فالأمر في أكسابه إلىٰ الحاكم، فيبتدئ بقضاء الأولىٰ فالأولىٰ.

وقالوا في المُكَاتَب إذا جنىٰ ثم اختلف المُكَاتَب وولي الجناية في قيمة

(١) رواه البيهقي في الكبرىٰ، ولكن لفظه عن شعبة عن قتادة: قلت لسعيد بن المسيب: إنّ شريحاً كان يقول: يبدأ بالمكاتبة قبل الدين، أو يشرك بينهما ـ شك شعبة ـ فقال ابن المسيب: أخطأ شريحٌ وإن كان قاضياً، قال زيد بن ثابت: يبدأ بالدين (١٠/٣٣٢).

(٢) الزيادة من ل، ب، وفي ب ابتداءً (وهذا كما...)

المُكَاتَب، فقال المُكَاتَب(١): كانت قيمتي وقت الجناية ألف درهمٍ، وقال المولى: كانت قيمتك ألفي درهمٍ وقت الجناية، فالقول قول المُكَاتَب في قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمدٍ؛ لأنّ المُكَاتَب ينكر زيادة الضمان، وولي الجناية يدّعيه.

في قول أبي يوسف الأول: ينظر إلى قيمته في الحال، كما قال في المُدبَّر، ذكر هذا الخلاف محمدٌ في كتاب الجنايات(٢).



(١) هذه الكلمة ليست في ب.

(٢) انظر: الأصل ٦/٤٦٨ وما بعدها.

بَابُ
جنايةِ المدبرِ والمكاتبِ وأم الولدِ على المولى وجنايةِ المولى عليهم



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا جنى المُدبَّر على مولاه، أو رقيق مولاه، أو متاعه، فهو هدرٌ كله.

أما جناية المُدبَّر على المولى، فلا يخلو: إما أن يكون عمدًا، أو خطأً، فإن كانت عمدًا، ثبتت ووجب بها القِصَاص؛ لأنّ المُدبَّر مع مولاه كالأجنبي (في جناية العمد)[1].

ألا ترى أنّ المولى لا يملك [٣٣٩/ب] أنّ يُقرّ عليه بجناية العمد؛ ولأنّ الله تعالى قال: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولم يُفصِّل.

وقد قال أصحابنا: إنّ المُدبَّر إذا قتل مولاه عمدًا وجب عليه أن يسعى في قيمته؛ لأنّ العتق وصيةٌ، فالوصية لا تُسلّم للقاتل، إلا أنّ فسخ العتق بعد وقوعه لا يَصِحُّ، فوجب عليه قيمة نفسه.

ثم الورثة بالخيار: إن شاؤوا عجّلوا القِصَاص، وإن شاؤوا استوفوا السعاية ثم قتلوه؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الأمرين حقٌّ لهم.

ولا يكون اختيار السعاية مسقطًا للقِصَاص؛ لأنّ السعاية بدلٌ عن الرقّ، وليس بعوضٍ عن المقتول.

فأمّا إذا قتل المُدبَّر مولاه خطأً: فالجناية هدرٌ، وكذلك إن كانت فيما دون

---
(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

النفس ؛ لأنّ جناية المُدبَّر خطأً على غير المولى لازمةٌ للمولى ، وإذا جنى على المولى ، فلو وجب الضمان ، لوجب عليه ، ويستحيل أن يجب على المولى ضمانٌ لنفسه .

ولأنّ المولى [لا] يملك الإقرار على المُدبَّر بجناية الخطأ ، كما يملك على نفسه ، فإذا لم تثبت جنايته[1] على نفسه ، كذلك جناية المُدبَّر عليه ، إلا أنّه يسعى في قيمته ؛ لأنّ العتق وصيَّةٌ فلا يجوز أنْ يُسلّم للقاتل .

وأمّا جنايته على عبيد مولاه : فإن كانت عمدًا ، فللمولى القِصَاص ؛ لما بيّنا أنّه مع مُدبَّره في القِصَاص كالأجنبي .

وقد قيل : إنّ هذه المسألة لا رواية فيها عنهم ، ولكنّ الذي تقتضيه مذاهبهم[2] : أنّ أحد العبدين إذا قتل الآخر ، وهما لرجلٍ واحدٍ ، ثبت للمولى القِصَاص ، وكذلك المُدبَّر إذا قتل عبد المولى ، وأما إذا جنى على عبد المولى خطأً[3] ، فهي هدرٌ ؛ لأنّها لو ثبتت لثبتت للمولى ، والمولى لا يثبت له دينٌ على مُدبَّره .

وأمّا إذا جنى المولى على مُدبَّره ، فجنايته هدرٌ ؛ لأنّه على ملكه ، فلا يثبت عليه بإتلاف ملكه ضمانٌ .

فأمّا أمّ الولد إذا قتلت مولاها عمدًا أو خطأً ، فهي كالمُدبَّرة ؛ لأنّها على ملكه ، وأكسابها له ، إلا أنّه لا سعاية عليها ؛ لأنّ عتقها ليس بوصيةٍ .

---

(١) في ب (يجب جنايته) ، خطأ .

(٢) في ب (من مذهبهم) .

(٣) العبارة في ب (وأما إذا كانت على عبد وهي خطأ) والمثبت من ل .

وأما المُكاتَب، فجناية المولىٰ عليه لازمةٌ [للمولىٰ]، وجناية المُكاتَب أيضًا علىٰ سيّده لازمةٌ للمُكاتَب، وهذا إنّما يريد به في الخطأ؛ لأنّ المُكاتَب في السعاية[1] كالأجنبيّ من المولىٰ، ولهذا يضمن المولىٰ بإتلافها، فجاز أن يثبت لمولاه عليه دينٌ بسبب الجناية، ويثبت له علىٰ مولاه كذلك.

فأمّا جناية العمد: فإن قتل المولىٰ مُكاتَبه، فلا قِصَاص؛ لأنّه علىٰ ملكه، ويلزمه القيمة؛ لأنّه قِصَاصٌ سقط بالشبهة[2]، وإن قتل المُكاتَب مولاه عمدًا، اقتُصّ منه[3].

٢٥٣٦ - [فَصل: جناية المولىٰ علىٰ رقيق المكاتب]

قال: وجناية المولىٰ علىٰ رقيق المُكاتَب وعلىٰ ما في يده من كسبه، وجناية المُكاتَب علىٰ رقيق المولىٰ أو ماله، تلزم كلّ واحدٍ منهما ما جناه علىٰ صاحبه في نفسه أو ماله؛ وهذا علىٰ ما قدّمنا: أنّه بعقد الكتابة صار كالأجنبيّ، فانفرد بأكسابه، فجاز له أن يثبت له علىٰ مولاه دينٌ، ويثبت لمولاه عليه دينٌ[4].

وَمِمَّا يلْحَقُ بِهَذَا البَابِ

ما قالوا: في أمّ الولد إذا قتلت مولاها عمدًا وله ابنان، فعفا أحدهما، فعليها أن تسعىٰ في نصف قيمتها للابن الذي لم يعف؛ (وذلك لأنّ القِصَاص لمّا سقط

(١) في ب (في اكتسابه عليه).
(٢) في ب (ثبت بالشبهة).
(٣) انظر: الأصل ٦/٤٨٣.
(٤) في ب (عليه ذلك).

بالعفو، انتقل نصيب الذي لم يعف)[1] مالاً بعد الموت، وهي حرَّةٌ في هذه الحال يجوز أن يثبت عليها دينٌ لمولاها، وكذلك لوارثه.

فإن كان للميت ابنان أحدهما من أمّ الولد، فإنّ القِصَاص يسقط، وعليها السعاية في جميع قيمتها بينهما نصفان؛ لأنّ القِصَاص لو ثبت لثبت للاثنين، ولا يجوز أن يثبت للولد على أمه قِصَاصٌ، وإذا تعذّر القِصَاص في نصيبه، سقط في نصيب شريكه.

وإنّما وجبت القيمة؛ لأنّ القِصَاص سقط من طريق الحكم، فانتقل مالاً.

٢٥٣٧ـ [فَصْل: قتل العبد مولاه عمداً وعفو أحد الابنين له]

قال أبو حنيفة ومحمدٌ: إذا قتل العبد مولاه عمدًا، وللمولى ابنان، فعفا أحدهما، بطل[2] القِصَاص، ولم يجب لأحد الابنين على الآخر شيءٌ لأجل الجناية.

وقال أبو يوسف: يقال للذي عفا: إما أن تدفع نصف نصيبك ـ وهو ربع العبد ـ [إلى][3] الذي لم يعف، أو تفديه بربع الدية.

وجه قولهما: أنّ أحد الابنين لما عفا انتقل نصيب الآخر مالاً وثبت للميت؛ ولهذا تُقضَى منه ديونه، والميت لا يجوز أن يثبت له على عبده دينٌ، وكذلك لا يثبت لوارثه عليه دينٌ بسببه[4]؛ لأنّ الوارث يقوم مقام المورِّث.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ل (سقط).
(٣) في أ (ربع العبد الذي)، والمثبت من ب، والصواب في العبارة إثبات (إلى).
(٤) في ل (يشبهة).




[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الجناية صارت مالاً بعد انقسام العبد بينهما، وكلّ واحدٍ [منهما] يصحّ أن يكون له في نصيب الآخر دينٌ، فوجب أن تُعتَبر هذه الحال، ولا تُعتَبر الحال المتقدّمة، ألا ترىٰ أنّ مدبرًا لو قتل مولاه عمدًا فعفا أحد الابنين انتقل نصيب الآخر مالاً، ولا يُجعَل كأنّه صار مالاً في ملك الموروث، فكذلك هذا.

والجواب: أنّ المدبر عتق بموت المولىٰ، ومَلَك نفسه وكسبه، وصارت الجناية مالاً بعد الحريَّة، وليس بملكٍ للورثة.

فأمَّا في مسألتنا: فالعبد علىٰ ملك الورثة، وهم يقومون فيه مقام الموروث.

وإذا ثبت لأبي يوسف: أنّ نصيب الذي لم يعف ينتقل مالاً، يثبت نصف الدية في نصف العبد، نصفها في نصيبه، ونصفها في نصيب شريكه، فما كان في [نصف] نصيبه يسقط، وما كان في نصيب شريكه ثبت.

ولهذا، قيل للذي لم يعفُ: ادفع نصيبك أو افده بربع الدية.



بَابُ
ضمان الراكِبِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا سارَ الرجل في طريقٍ من طرق المسلمين، فأوطأ دابته رَجُلاً بيدها أو رِجْلها، أو كدمت، أو صدمت، [أو خبطت] بيدها، فهو ضامنٌ[١].

والأصل في هذا: أنّ المشي في الطريق بشرط السلامة، فكلّ ما تولد في[٢] السَّيْر ممّا يمكن الاحتراز منه، فهو مضمونٌ، وما لا يمكن الاحتراز منه، فليس بمضمونٍ.

ألا ترىٰ أنّه مأذونٌ في المشي، فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه، كان ذلك منعًا من التصرّف[٣]، وما لا يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه إلىٰ المنع من المشي؛ لأنّه يقدر أن يتحفّظ منه.

ولهذا قال أصحابنا: إنّ ما ثار من الغبار بالمشي أو بسير الدابة، لا يُضمن ما تولّد منه؛ لأنّه لا يمكن الاحتراز منه في السير، (وكذلك ما أثارت الدابة بسنابكها[٤] من الحصىٰ الصغار؛ لأنّه لا يمكن الاحتراز منه في السير)[٥].

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٥٦.

(٢) في ل (من السبب).

(٣) هنا زيادة (وما يمكن التصرف) في ل.

(٤) السنابك جمع سُنبك، والسُّنبك: طرف مقدّم الحافر. انظر: مختار الصحاح (سبك)

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.




فأما الحصىٰ الكبار، فإنّ الراكب يضمن ما تولّد منه؛ لأنّ ذلك لا يكون إلا بالعنف [٣٤٠/أ] علىٰ الدابّة في السير.

فإذا ثبت هذا، فالراكب يمكنه الاحتراز من الوطء بالدابّة، ومما تُصيبُ بيدها ورجلها إذا وطئت، وكذلك الصدم والكدم، فكان ذلك مضمونًا عليه.

وكذلك السائق؛ لأنّه يمكنه الاحتراز، وكذلك القائد؛ لأنّه مقرِّبٌ للدابّة إلىٰ الجناية، والمُرْتَدِف كالراكب[(١)]؛ لأنّه يتمكّن من الاحتراز.

قال: وليس علىٰ قائدٍ ولا سائقٍ كفارةٌ؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما سببٌ للإتلاف، والقتل بالأسباب لا يتعلّق به كفارةٌ، كحفرِ البئر.

فأمّا الراكب والمُرتَدِف، فعليهما الكفارة ـ يعني فيما وطئت الدابة؛ لأنّ التلف حصل [بفعلهما][(٢)]، والقتل بالفعل [تتعلّق] به الكفارة.

قال: وإن نفحت[(٣)] الدابّة برجلها وهي تسير، أو بذنبها[(٤)]، فلا ضمان في ذلك علىٰ راكبٍ[(٥)]، ولا سائقٍ، ولا قائدٍ، ولا مرتدِفٍ؛ لما روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «**الرِّجل جُبارٌ**»[(٦)]، وإنّما يعني بذلك نفحة الرِّجْل؛ ولأنّ

---

(١) في ل (كالقائد).

(٢) في أ (بنقلها). والمثبت من ل.

(٣) يقال: نفحت الناقة: ضربت برجلها. مختار الصحاح (نفح).

(٤) (أو بذنبها) سقطت من ب.

(٥) في ل (راكب كان).

(٦) رواه أبو داود (٤٥٩٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، من طريق سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة.
وأصل الحديث: «العجماء جبارٌ، والبئر جبارٌ، والمعدن جبارٌ، وفي الركاز الخمس».=




الاحتراز لا يمكن من النفحة، وإنّما يمكن من الإيطاء والصدم، وقد بيّنا أنّ ما لا [يمكن الاحتراز][1] منه لا يُضمن.

وكذلك ما أصابت بذَنَبها، فهو كرِجلٍ؛ لأنّه لا يمكن الاحتراز منه.

قال: وكذلك إذا أثارت الدابّة وهي تسير غبارًا، فأفسد متاع رجلٍ، أو حصاةً ففقأت عين إنسانٍ، فلا ضمان على أحدٍ في ذلك، وهذا على ما بيّنا[2].

٢٥٣٨ - [فَصْل: ضمان صاحب الدابة في الطريق]

قال: فإن وقف صاحب الدابّة في الطريق، فهو ضامنٌ في ذلك كلّه، والنفحة بالرِّجل والذَنَب، ولمن عُطِب بروثها أو بولها أو لعابها.

وكذلك من أوقف دابّةً على باب المسجد الأعظم، أو على باب مسجدٍ من مساجد المسلمين، فهو مثل وقوفه في الطريق؛ وذلك لأنّ السير بشرط السلامة مأذونٌ فيه، والوقوف ليس بمأذونٍ [فيه]؛ لأنّه مأذونٌ في التصرّف الذي لا يضرّ بغيره، والسير لا يضرّ بالغير، والوقوف يضرّ؛ لأنّه يمنع [من] الانتفاع بتلك البقعة على الدوام، فصار متعدّيًا في الوقوف، فضمن ما تولّد من ذلك ممّا يمكن الاحتراز منه، وممّا لا يمكن.

= رواه البخاري (١٤٢٨)؛ ومسلم (١٧١٠)؛ قال ابن حجر في الفتح: «اتفق الحفاظ على تغليط سفيان بن حسين حيث روى عن الزهري «الرجل جبار»، وما ذاك إلا أن الزهري مكثرٌ من الحديث والأصحاب، فتفرّد سفيان عنه بهذا اللفظ فعُدّ منكراً، وقال الشافعيّ: لا يصحّ هذا». (٢٥٦/١٢).

(١) في أ، ب (يحترز) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ١٨/٧ وما بعدها.

٢٥٣٩ ـ [فَصْل: ضمان جناية الدواب في المواقف المأذون بها]

قال: فإن كان الإمام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفًا يوقفون فيه دوابهم، فلا ضمان عليه فيما أصابت في وقوفها، أو حدث منها في ذلك الموقف[١]؛ لأنّ الإمام يملك أن يقطع الطريق إذا لم يضرّ بالناس، فإذا جعله لموقف الدواب، فكأنّه قطعه، فصارَ الوقوف مأذونًا فيه، فلم يضمن ما تولّد منه، كمن أوقف في ملك نفسه[٢].

٢٥٤٠ ـ [فَصْل: ضمان مايصيب في الطريق العام المشترك]

قال: فإن سار فيه أو قاد، فهو ضامنٌ لما يصيب إذا فعل ذلك في الطريق العامّ المشترك؛ وذلك لأنّ القائد والسائق مقرّبٌ للدابّة إلى الجناية، والإذن في الوقوف في هذا المكان لم يخرجه من أن يكون طريقًا، فيضمن ما يُضمَن في الطريق، إلا ما يتناوله الإذن.

[قال]: وكذلك إن كان ذلك الموضع قد أذن الإمام فيه بمنزلة سوق الخيل والدوابّ، فلا ضمان على الواقف بدابّته فيما كان من الدابّة من نفحٍ برِجلٍ، أو ذَنَبٍ، أو بَوْلٍ، أو رَوْثٍ، أو لُعَابٍ.

وكذلك إن كان راكبًا عليها واقفًا، فلا ضمان عليه في شيءٍ من ذلك؛ لما بيّنا أنّهُ مأذونٌ في الوقوف[٣]، فما يتولّد منه ليس بمضمونٍ.

---

(١) في ب (أو حدث فيها ذلك الموقوف)، وفي ل (الموضع).

(٢) انظر: الأصل ١٩/٧.

(٣) في ب (مأذونٌ فيه يعني في الوقوف).

٢٥٤١ - [فَصْل: الضمان في الوقوف في الفلاة]

قال: وكذلك الفلاة في الأرض، إذا أوقف فيها دابته [عليها] أو [كان] راكبًا عليها[١]، وكذلك طريق مكّة إذا كان وقوفه في غير الْمَحَجَّةِ[٢] ناحيةً عنها؛ وذلك لأنّ الفلاة لا يستضرّ الناس بوقوفه فيها، فصار مأذونًا في الوقوف، فلم يضمن ما تولّد منه.

فأمّا إن وقف في الْمَحَجَّةِ، فهو كالوقوف في الطريق؛ لأنّ الوقوف في الْمَحَجَّةِ يضرّ بالناس، فيضمن ما تولّد منه.

٢٥٤٢ - [فَصْل: الضمان في المواضع التي أذن الامام فيها بالوقوف]

قال: وإن كان سائرًا في هذه المواضع التي أذن الإمام فيها بالوقوف، أو قائدًا، أو سائقًا، فهو ضامن، لا يزيل - ذلك عنه - ضمانَ الوقوف بالإذن[٣]؛ [وذلك لأنّ البقاع من جملة الطريق، وإنّما سقط عنه ضمان الوقوف بالإذن]، فأمّا السير، فعلى ما كان عليه، ولأنّ السير مأذونٌ فيه من جهة الله تعالى، ومع ذلك يضمن ما تولّد منه، فكذلك إذا أذن الإمام.

قال: وأمّا الواقف في ملكه، والسائر فيه، أو القائد، أو السائق، فلا ضمان في شيءٍ من ذلك، إلا فيما وطئت بيدٍ أو رجلٍ؛ وذلك لأنّ السائر في ملكه والقائد والواقف غير متعدٍّ في فعله، فلم يضمن ما تولّد؛ ولأنّه يتصرّف في ملك نفسه، فلا يكون بشرط السلامة.

---

(١) في ب (وإن كان راكباً عليها).

(٢) المَحَجّة: جادة الطريق. مختار الصحاح (حجج).

(٣) في ب (لا يزيل ذلك عنه إذن الإمام).

وليس كذلك السائر في الطريق ؛ لأنّه متصرّفٌ في حقّ غيره ، فجاز أن يكون علىٰ شرط السلامة .

فأمّا إذا أوطأ[1] ، فالتلف حصل بفعله ؛ ولهذا تلزمه الكفارة ، ومن أتلف شيئًا بفعله لم يختلف أن يكون في ملكه أو في غير ملكه[2] .

قال: وسواءٌ كان الذي لحقته الجناية مأذونًا له في دخول الملك أو غير مأذونٍ ؛ لأنّه تلف بفعله ، ومن دخل [ملك الغير][3] بغير إذنٍ لا يجوز إتلافه .

قال: وكذلك لو كان في الملك كلبٌ عَقُوْرٌ ، فعقر في الدار[4] ، [لم يضمن][5] ، أُذن له في الدخول أو لم يؤذن ؛ وذلك لأنّ ترك الكلب في الملك ليس بتعدٍّ ، فما يتولّد منه لا يُضمن[6] .

٢٥٤٣ ـ [فَصْل: إصابه الدابة بعد انفلاتها ونفورها]

قال: وإذا نَفَرت الدابّة من الرجل ، أو انفلتت منه ، فما أصابت في فورها ذلك ، فلا ضمان عليه ؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ قال: «**جرح العجماء جُبارٌ ، والبئر جُبارٌ ، والمعدن جُبارٌ ، وفي الركازِ الخمس**»[7] .

---

(١) في ب (فأمّا الوطء) .

(٢) في ب (أو ملك غيره) .

(٣) في ل (بإذن مالكه) .

(٤) في أ (فعقر من في الدار) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في سياق العبارة ، لأنّ المسألة في رجل دخل ملك غيره فعقره كلبه ، وليس في عقر الكلب من في الدار .

(٥) في أ (ضمن) ، والمثبت من ب ، وهو الصحيح كما يدل عليه آخر الفقرة .

(٦) انظر: الأصل ١٩/٧ ، ٢٠ .

(٧) رواه البخاري (١٤٢٨) ؛ ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

قال مالكٌ: الجُبارُ: الهدرُ الذي لا دِية فيه.

قال محمدٌ: والعجماء: هي الدابّة المتفلّتة، وسواءٌ كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق، أو في ملك غيره؛ لأنّه لا صنع له في انفلاتها، ولا يمكنه الاحتراز من فعلها، فلا يضمن ما تولّد منه.

وقد قالوا فيمن أرسل دابته: فما أصابت في فورها ضمن؛ لأنّه لمّا أرسلها، فهو كالدافع لها، وهو متعدٍّ[1] في الإرسال، فصار كالسابق.

وإن عطفت يمينًا وشمالاً ثم أصابت، فهو على وجهين: إن لم يكن لها طريقٌ إلا ذلك، فالضمان على المُرسِل؛ لأنّها باقيةٌ على الإرسال، وإن كان لها طريقٌ آخر، فانعراجها باختيارها، فانقطع حكم الإرسال، فصارت كالمنفلتة.



(١) في ب (وهو في منعه)، خطأ.




بَابُ
ما يحدثُه الرجلُ في الطريقِ مما يضمنُ به



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا حفر الرجل بئرًا[1] في طريقِ المسلمين، أو في فنائه، أو أخرج جناحًا، أو نصب فيه ميزابًا، [٣٤٠/ب] أو بنى ساباطاً[2]، أو وضع حجرًا، أو خشبةً، أو متاعًا، أو صبَّ الماء في الطريق، أو قعد ليستريحَ في الطريق، أو ضعفَ لمرضٍ أصابه أو عمىً لحقه، فقعد في الطريق، فعثر بشيء من ذلك عاثرٌ، فوقع فمات، أو وقع على غيره فقتله، أو حدث به أو بغيره من ذلك العثر والسقوط جنايةٌ؛ قتلٌ أو غيره، فهو في ذلك كلّه ضامنٌ.

وكذلك ما وقع في البئر، أو صدمه الجناح، أو ما أحدث من ذلك [في] الطريق، أو زلق بالماء الذي صبّه في الطريق، فهو ضامنٌ في ذلك أجمع.

وكذلك ما عطب بذلك من الدوابّ، فهو في ضمانه؛ لأنّه متعدٍّ فيما يُحدثه في الطريق، وما تولّد من فعلٍ مُتَعدٍّ فيه، فهو مضمونٌ، كما يتولّد من الرمي[3].

٢٠٤٤ـ [فَصْل: ما تتحمله العاقلة من الجنايات وما لا تتحمله]

قال: وما كان من جنايةٍ بذلك في بني آدم، فهو على العاقلة إذا بلغ القدر

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (بنى دكاناً)، والساباط: سقيفةٌ بين حائطين تحتها طريقٌ، والجمع سوابيط وساباطات. مختار الصحاح (سبط).
(٣) انظر: الأصل ٧/٢٥، ٢٦.

الذي عرَّفتُك[1] أنّ العاقلة تتحمّله، وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله.

وما كان من جنايةٍ على غير بني آدم، فهو في ماله دون عاقلته؛ لأنّ ضمان الآدمي جناية، تتحمّلها العاقلة، وضمان غيره ضمان مالٍ فلا تتحمّله العاقلة، كما لا تتحمّل الديون.

[قال]: وليس على محدث هذه الأشياء كفارةٌ لو حدث منها قتلٌ؛ وذلك لأنّ الكفارة تتعلّق بالقتل، وحافر البئر ليس بقاتلٍ، ألا ترى أنّه لا يجوز أن يكون قاتلاً بالحفر، ولا مقتول [هناك]، ولا يجوز أن يكون قاتلاً بالوقوع؛ لأنّه قد يقع[2] [في البئر] بعد موت الحافر فيستحيل أن يكون قاتلاً بعد موته.

ولأنّ الكفارة تجب[3] فيما يجوز أن يقع في جنسه العمد؛ لأنّها تكفيرٌ، وذلك يجب في المأثم، فما لا يُتصَوّر في جنسه العمد، لا يدخله الكفارة.

٢٠٤٥ - [فَصْل: حرمان الميراث في القتل بسبب]

قال: ولا تَحرِم ميراثًا إن كان يرث المجنيّ عليه؛ وذلك لما بيّنا أنّه ليس بقاتلٍ، وحرمان الميراث يتعلّق بالقتل؛ ولأنّ حرمان الميراث يثبت على وجه العقوبة لمن تعمدّ القتل؛ [إذ][4] جاز أن يكون متعمدًا في الباطن، وهذا المعنى لا يوجد في حفر البئر.



---

(١) في ب (بلغ الدية الذي عرفتك).

(٢) في ل (يقف).

(٣) في ب (تجوز).

(٤) في أ، ب (أو) والمثبت من ل.

٢٥٤٦ - [فَصْل: الضمان إذا وقع القتل بسبب وقوع شيء هو لابسه]

قال محمدٌ: قال أبو حنيفة: إذا كان الرجل يمشي في الطريق وعليه شيءٌ[(١)] لابسه، [أو] سيفٌ أو طيلسانٌ أو غيره، فوقع ذلك عنه، فعطب به عاطبٌ فقتله، أو وقع عليه إنسانٌ[(٢)] فأعطبه، أو وقع في الطريق فعثر به عاثرٌ، فلا ضمان عليه في شيءٍ من ذلك؛ وذلك لأنّ ما يلبسه الإنسان لا يمكن الاحتراز منه، وقد بيَّنّا أنّ ما لا يمكن الاحتراز منه، لا يُضمَن في الطريق.

٢٥٤٧ - [فَصْل: الموت بسبب وقوع شيء حامل له]

قال: ولو لم يكن لابسًا ذلك، ولكنه حاملٌ له[(٣)]، فوقع منه على إنسانٍ فقتله، أو وقع منه فعثر به عاثرٌ، فهو ضامنٌ لدية ما هلك بذلك، وهذا قول أبي يوسف ومحمدٍ؛ وذلك لأنّ الحَمْل يمكن الاحتراز منه، وله منه بدٌّ، فما تولّد منه مضمونٌ[(٤)].

قال أبو الحسن: وحمله مباحٌ، إلا أنّه بشرط السلامة، ألا ترى أنّ الله ﷻ أباح الاصطياد ورَمْي الصيد، فلو رمى صيدًا فوقع بشاةٍ أو إنسانٍ ضمن، وكذلك لو رمى مشركًا في حال القتال، فأصاب مسلمًا، وقد فرض الله ﷻ رميه في تلك الحال، فهكذا الإباحة في الحمل.

فأمّا اللباس، فأمرٌ عامٌّ يشترك فيه المسلمون جميعًا، وهم فيه سواء؛ لأنّ

---

(١) في ل (وعليه لباسه).

(٢) في ب (أو وقع على إنسانٍ).

(٣) في ب (ولكنه كان حاملاً له).

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٦/٤٣.

لكلّ أحدٍ منه [لبسه]؛ فلهذا [باين][1] سائر ما وصفت لك.

قال محمدٌ: وإنّما نجيز من ذلك ونبطل الضمان فيما كان يلبسه الناس، فإذا لبس من ذلك ما لا يلبسونه، جعلناه بمنزلة الحامل لذلك، وضمّناه كما يضمن الحامل.

وهذا صحيحٌ؛ لأنّ ما لا يلبسه الناس لا تدعو إليه الحاجة، فيكون كالحامل، فيكون بشرط السلامة[2].

وقد قالوا فيمن وضع كنانتة في الطريق[3]، فعطب بها إنسانٌ: ضمن؛ لأنّه متعدٍّ في الوضع، وقال محمد: إن وَضَع ذلك في طريق غير نافذٍ وهو من أهله لم يضمن؛ لأنّها بقعةٌ مشتركةٌ، فهي كالدار المشتركة، فيجوز لكلّ واحدٍ من الشريكين الانتفاع بها.

ومِمَّا يُلْحَقُ بِهَذَا البَابِ

٢٠٤٨ - [فَصْـل: في عطب إنسانٍ ببناء المسجد]

ما قاله أصحابنا: في أهل المسجد إذا بنوا فيه بناءً، أو حفروا [فيه] بئرًا، أو وضعوا جناحاً[4]، فعطب به إنسانٌ، فلا ضمان عليهم؛ لأنّ النظر في مصالح

(١) في أ، ب (نباين) والمثبت من ل.

(٢) في ب (فهو كالحامل بشرط السلامة).

(٣) (في الطريق) سقطت من ب. «والكِنَانَة ـ بالكسر ـ جَعْبَة السِّهام من أَدَمٍ». المصباح (كنن).

(٤) في ب (أو حفروا فيه بئراً، أو وضعوا فيه جناحاً)، في ل (حُبا) «والحُب بالضم الخابية فارسي معرب». كما في المصباح (حبب).

والجَناح: الجانب، ومنه جَناح القصر. والروشَنُ: الكَوَّة والشُّرْفة. والشرفة: «بناء خارج من البيت




المسجد إليهم، فما فعلوه فيه، فلا ضمان فيه، كالوصيّ أو الأب إذا فعلوا ذلك في دار اليتيم، ووالي الوقف إذا فعل في الوقف.

وأمّا إذا بنىٰ رجلٌ من غير أهل المسجد بناءً في المسجد[١]، أو حفر بئرًا، أو علّق فيه قنديلاً، أو وضع حصيرًا، أو ألقىٰ فيه الحصير، فعطب به إنسانٌ، فهو ضامنٌ في قول أبي حنيفة، وقالا[٢]: لا ضمان عليه إلا في البناء والحفر.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ النظر في مصالح المسجد إلىٰ أهله، وليس إلىٰ غيرهم؛ بدلالة أنّ لهم أن يمنعوا غيرهم من عمله، فصار مَن ليس من أهله كمن وضع شيئًا في دار غيره.

[ولأنّه][٣] لو لم يضمن في القنديل والحصير، لم يضمن في البناء والحفر كأهل المسجد.

وجهُ قولهما: أنّ المسجد لجميع الناس، وقد أُذِن للمسلمين في عمارته بقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ١٨]، وقال تعالىٰ: ﴿فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦]، إلا أنّ لأهل المسجد اختصاصاً به، فصاروا كالمالك، وغيرهم كالمستعير[٤]، ومعلوم أن للمستعير أنّ يضع في الدار الحصير[٥] والقنديل، وليس له أنّ يحفر فيها ولا

يُسْتَشْرَف منه علىٰ ما حوله». انظر: المعجم الوجيز (جنح، رشن، شرف).

(١) (بناء في المسجد) سقطت من ب.

(٢) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).

(٣) في أ (ولو أنه)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.

(٤) في ب (كالمنع)، خطأ.

(٥) في ل (الحصر).

يبني، فكذلك هذا.

والجواب: أنّه لا يمتنع أن يكون المسجد لجماعة المسلمين، ويختصّ تدبيره بأهله، ألا ترىٰ أنّ النبي ﷺ أخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة، فأمره الله تعالىٰ بردها عليهم بقوله: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨][(١)]، والكعبة حقٌّ لجميع المسلمين، وإن خُصَّ قومٌ بتدبيرها.

٢٠٤٩ـ [فَصْل: الضمان لعطب في المسجد]

قال أبو حنيفة فيمن جلس في مسجدٍ لغير [قُربةٍ][(٢)]، لحديثٍ أو نومٍ أو ما [أشبه ذلك][(٣)]، فعطب به إنسانٌ: فهو ضامنٌ، وقالا[(٤)]: لا ضمان عليه.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ المسجد إنّما بُني للعبادات، فإذا اشتغل بغيرها صار متعديًا، ألا ترىٰ أنّ الطريق لما جُعِل للاجتياز كان من جلس فيه متعديًا.

وجه قولهما: أنّه لو جلس في المسجد للطاعة ولذكر الله، لم يضمن، فكذلك إذا جلس لغيره، ألا ترىٰ أنّ الماشي في الطريق [للطاعة]، لمّا لم يضمن، [لم يضمن] إذا مشىٰ للمعصية.

٢٠٥٠ـ [فَصْل: فيمن حفر بئرًا في السوق ويقع فيها إنسان]

وقد قال أصحابنا فيمن حفر بئراً في سوق العامّة لمصلحة المسلمين، فوقع

---

(١) «فدعا عثمان وشيبة، فقال لهما: (خذاها خالدة تالدة، لا ينزعهما منكم إلا ظالم)». انظر: تفسير الطبري ٨/٤٩٢، ٤٤٩؛ تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص٤٤٩.

(٢) في أ (لغير قرآنٍ)، والمثبت من ب.

(٣) في أ، ب (أو ما أشبهه) والمثبت من ل.

(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).




فيها إنسانٌ، فإن كان الحفر بغير إذن السلطان: ضمن، وكذلك إذا اتخذ قنطرةً للعامّة.

وروي عن أبي يوسف: أنّه لا يضمن.

وجه قولهم المشهور: أنّ هذا حقٌّ لعامة المسلمين [٣٤١/أ]؛ وتدبير أمر العامّة إلى الإمام، فما فُعل بغير أمره [يُضمَن] كما فُعل في دار الغير بغير أمره.

لأبي يوسف: أنّ هذا من مصالح المسلمين، والإنسان مأذونٌ في مصالحهم، فصار الإذن من طريق الحكم، كالإذن بالنطق[1].



(١) انظر: الأصل ٤٢/٧، ٤٣.

بَابُ
[في] الناخسِ

قال [أبو الحسن]: وإذا كان الرجل يسير على دابّته، أو واقفًا عليها في ملكه أو في طريقٍ، فنخس[1] دابته رجلٌ، فضربت بيدها أو بذنبها أو برجلها، أو نفرت، فصدمت إنساناً من فورها من النخسة، فالناخس ضامنٌ دون الراكب إذا فعل ذلك بغير أمر الراكب؛ وذلك[2] لما روى القاسم بن عبد الرحمن: أنّ رجلاً نخس دابّةً فصدمت رجلاً، فاختصموا في ذلك إلى سليمان بن ربيعة، فضمّن الراكب، فبلغ ذلك إلى ابن مسعود، فقال: «ألا إنّما يضمن الناخس، ألا إنّما يضمن الناخس، ألا إنّما يضمن الناخس»[3].

وروي عن عمر: أنّه ضمّن الناخس دون الراكب[4]؛ وذلك لأنّه تعدّى في النخس، فضمن ما تولّد منه، وكأنّه دفع الدابّة على غيره.

وإنّما استوى ما كان بالرِّجل والذَّنَب وباليد، لأنّه كالدافع لها بضربه، فعلى أي وجهٍ عطب بها ضمن.

---

(١) «نخست الدابة نخسًا: طعنته بعود أو غيره، فهاج». المصباح (نخس).

(٢) هنا في (أ) ذكرت العبارة الواردة بعد ثلاثة أسطر: (وذلك لأنّ تعدى... إلى: والذنب باليد)، وسقطت من (أ) هذه العبارة في الموضع الآخر، وأثبتت في (ب)، والعبارة في الموضع الثاني أنسب للسياق منها في الموضع الأول.

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (٩/٤٢٢)؛ وابن أبي شيبة في المصنف (٥/٤٥٨).

(٤) ذكره ابن حجر في الدراية (٢/٢٨٣) نقلاً عن الهداية، وقال: أما عن عمر فلم أره، وأما عن ابن مسعود.... وخرجه من المصنف لعبد الرزاق والمصنف لابن أبي شيبة.

وإنّما شُرِط في الضمان أن يكون من فورها؛ لأنّها إذا سكنت من فورة الضرب، فما تصيبه بعد ذلك إنّما تفعله باختيارها، فلا يضمنه كما تصيب قبل نخسه.

٢٥٥١ - [فَصل: ضرب الدابة بأمر الراكب]

قال: وكذلك لو ضربها رَجلٌ؛ لأنّه دافعٌ لها بالضرب.

قال: فإن فعل ذلك بأمر الراكب، فقتلت رجلاً نفحته برجلها، فإن كان الراكب يسيرُ في الطريق أو واقفًا في ملكه، أو في موضعٍ قد أُذن فيه في الوقوف [من هذه الأسواق] ونحوها، فلا ضمان في هذا على راكبٍ ولا سائقٍ ولا ضاربٍ؛ وذلك لأنّه لما ضرب بأمر الراكب، والراكب يملك الأمر بالضرب، صار ضَرْبه كضرب الراكب، فلا يضمن به ما أصابت بالرِّجل في هذه الأحوال.

قال: فإن كان الراكب واقفًا في بعض طريق المسلمين التي لم يؤذن في الوقوف فيها، فأمر رجلاً أن يضرب دابته، [فضربها]، فنفحت رجلاً فقتلته، فالدية عليهما نصفان: نصفٌ على الضارب(١)، ونصفٌ على الراكب، على عاقلتهما، ولا كفارة عليهما؛ وذلك لأنّ ضربه لها بأمر الراكب كضرب الراكب، ولو ضربها الراكب وهو واقفٌ في هذا المكان، ضمن ما يتولّد من الرِّجل، فكذلك إذا أمر بالضرب.

وإنّما شاركه الضارب في الضمان؛ لأنّه تعدّىٰ في الفعل، فاشتركا في التعدّي، فضمنا(٢).

---

(١) في ل (نصف على الضراب ونصف على عاقلتها).

(٢) انظر: الأصل ٢١/٧.

٢٥٥٢ - [فَصل: الكفارة في القتل بسبب]

قال: ولا كفارة عليهما؛ لأنّه قتلٌ بسببٍ[١].

وقال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف في نوادره: في رجلٍ على دابّةٍ يسير، أمر رجلاً أن ينخس به، ففعل، فوطئت إنساناً فمات، فالضمان عليهما، وكذلك لو نخس بغير أمر الراكب، فوطئت، فالضمان عليهما.

ولو نخس بأمره وهي سائرةٌ، فنفحت[٢] إنساناً فمات، فلا شيء عليهما؛ وذلك لأنّه لمّا نخس بأمره [وهي سائرةٌ] فوطئت، فقد مات الرجل بثقل الراكب وفعل الناخس، فاشتركا في الضمان؛ لاشتراكهما في سبب القتل، وأما إذا نفحت برِجْلها، فضَرْبه بأمر الراكب كضرب الراكب، فلا يضمن.

قال: ولو نخس بغير أمره، فنفحت فقتلت إنساناً وهي سائرةٌ، ضمن الناخس، وكان على عاقلته؛ لما بيّنا أنّه كالدافع لها، وهو متعدٍّ[٣] في فعله.

٢٥٥٣ - [فَصل: الضمان في حال النخس وهي واقفه]

[قال]: وإن كانت واقفةً فنخس بأمره، فعلى الراكب [الضمان]، وإن كان بغير أمره، فعلى الناخس؛ وذلك لأنّه إذا نخس بأمره فكأنّ الراكب[٤] نخس، فيضمن ما تعلّق بالرِّجل، وإن كان بغير أمره فقد تعدّى في الفعل، فصار كالدافع للدابّة.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٤٢.
(٢) «ونفحت الدابة نفحًا: ضربت بحافرها». المصباح (نفح).
(٣) في ب (متقدم).
(٤) مكان (بأمر الراكب) بياضٌ في أ، وأثبتت من ب.

٢٥٥٤ـ [فَصْل: نخس الرجل الدابة وعليها راكب]

قال: وإذا نخس الرجل الدابّة وعليها راكبٌ بغير أمره، فوثبت به وألقت الراكب، فالناخس ضامنٌ لما حدث عليه من جناية؛ لأنّه تعدّىٰ في السبب، فضمن ما تولّد منه.

فإن لم تلقه، وجمحت[١] به، فما أصابت في فورها ذلك، فعلىٰ الناخس؛ لأنّه سببٌ فيه علىٰ طريق التعدّي.

فإن نفحت الناخس، فقتلته، كانت ديته هدرًا؛ لأنّه في حكم الجاني علىٰ نفسه، ألا ترىٰ أنّها لو نفحت غيره كان الضمان عليه[٢].

قال: ولو أمره بنخسها وهي تسير، فوطئت إنسانا فقتلته، فالدية عليهما جميعًا نصفان؛ لأنّ الراكب والناخس كالسائق والراكب، يشتركان فيما كان من جناية الدابّة فيما[٣] يُحتَرز منه.

وقال ابن سَمَاعة عن أبي يوسف: وكذلك إن نخس بغير أمر الراكب، فوطئت، فالضمان عليهما؛ لأنّه تلفٌ بثقل الراكب ودفع الناخس.

قال: ولا ضمان علىٰ الناخس حتّىٰ يظهر أنّ الذي أصابته كان في فورها الذي نخسها فيه، وهذا علىٰ ما قدّمنا.

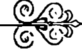


---

(١) في ل (وهجمت). وجمح الفرس براكبه ـ جَمْحًا وجموحًا وجماحًا ـ: «استعصىٰ حتىٰ غلبه، فهو جَمُوح». انظر: المصباح (جمح).

(٢) في ب (كان في ضمانه).

(٣) هذه الكلمة سقطت من ب.

٢٠٥٥ ـ [فَصْل: وقوع النخس بغير إذن القائد والسائق]

قال: فإن كان للدابّة سائقٌ وقائدٌ، فنخس بغير إذن واحدٍ منهما، فنفحت، فالضمان على الناخس دونهما؛ لأنّ الناخس كالدافع للدابّة، فإن كان كلّ واحدٍ منهما أمره، فلا ضمان عليه، ولا على واحد منهما إذا نفحت؛ لأنّه فعله بأمرهما كفعلهما. [والله أعلم][1].



(١) انظر: الأصل ٧/٢١، ٢٢.




بَابُ
جنايةِ القطارِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا قاد الرجل قطارًا[1]، فما أوطأه أوله وآخره، فهو ضَامنٌ له، وكذلك إن صدمَ إنساناً فقتله؛ لأنّ القائد مُقرِّبٌ للبهيمة إلىٰ الجناية، فكأنّه ألقاها علىٰ غيره، ولأنّه يقدر علىٰ الاحتراز بأن يذود الناس عن الطريق، وما أمكن الاحتراز منه، ضُمِن.

فإن كان معه سائقٌ، فالضمان عليهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما مُقرِّبٌ للقطار، فاشتركا في سبب الجناية.

فإن كان السائق في وسط القطار، فما أصاب مما خلف هذا السائق وما بين يديه من شيءٍ، فهو عليهما؛ لأنّ ما بين يديه هو له سائقٌ، والأوّل له قائدٌ، وما خلفه هما له قائدان، فيشتركان في الضمان.

قال: وإن كان يكون أحياناً وسطًا، [وأحياناً يتأخّر][2]، وأحياناً يتقّدم، وهو يسوقها مع ذلك، فهو بمنزلة الأوّل؛ لأنّه سائقٌ لبعضها أو قائدٌ، وكلا الأمرين يتعلّق به الضمان [٣٤١/ب].

٢٥٥٦- [فَصل: الاشتراك في الضمان]

وقال محمدٌ في إملاء الكيسانيّ: لو أنّ رجلاً كان يقودُ قطارًا، وآخر من

(١) «القِطار: الإبل يُقَطَّر علىٰ نسق واحدٍ، والجمع قُطُر». المغرب (قطر).
(٢) مكان عبارة (وأحياناً يتأخر) بياضٌ في (أ)، والمثبت من ب.

خلف القطار يَسُوقُه ويزجر الإبل، فتنزجر لسوقه[1]، وعلى الإبل قومٌ في المحامل[2]، نيامٌ أو غير نيامٍ، فوطئ بعيرٌ منها إنساناً فقتله، فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذي وطئ، وعلى الراكبين جميعًا الَّذين قُدّام البعير الذي وطئ، على عواقلهم جميعًا على عدد الرؤوس.

والكفارة على الركّاب خاصةً؛ وذلك لأنّ القائد والسائق مُقرِّبون إلى الجناية، والركّاب أمام البعير كالقادة لما خلفهم، والراكب على البعير حصل التلف بثقله، فاشتركوا في سبب الضمان، فانقسم عليهم.

والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصّةً؛ لأنّ القتل بثقله، ومن سواه قاتلٌ بسببٍ.

٢٥٥٧ - [فَصْـل: الضمان على من كان من الركبان خلف البعير]

قال: ومَن كان من الركبان[3] خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الإبل ولا يسوقها، راكبًا على بعيرٍ منها أو غير راكبٍ، فلا ضمان على واحدٍ منهم؛ لأنّهم لمّا لم يسوقوا[4]، ولم يقودوا، صاروا كمتاعٍ على الإبل.

٢٥٥٨ - [فَصْـل: الضمان على من كان من الركبان أمام البعير الواطئ]

قال: وأما الركبان أمام البعير الواطئ، فإنّهم جميعًا قادةٌ للبعير الواطئ

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٢) في أ (نيام في المحامل)، والمثبت من ب، والصواب في السياق ما في ب؛ حذف كلمة (نيام). والمحامل: مفردة «مَحْمِل ـ وزان مَجْلِس ـ: الهودج». المصباح (حمل).
(٣) في ب (في الركاب).
(٤) (لم يسوقوا) سقطت من ب.

وجميع ما خلفه، وهذا [محمولٌ] على أنّهم يفعلون فعلاً في القَوْد، فأمّا إذا لم يكن منهم فعلٌ في القَوْد فهم كالمتاع؛ [لأنّ الإنسان قد يكون قائداً وإن لم يفعل القَوْد، ألا ترى أنّ النائم يجوز أن يكون قائداً، ولا يجوز أن يكون سائقاً إذا لم يفعل السوق، فلذلك افترقا].

٢٥٥٩ـ فَصْل: [ربط البعير بالقطار والقائد لا يعلم]

قال: وإذا كان الرجل يقود قطارًا فجاء رجلٌ فربط إليه بعيرًا والقائد لا يعلم، فوطئ البعير إنساناً فقتله، فالدية على عاقلة القائد، يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنّ القائد[1] قرّب البعير من الجناية، وضمان الإتلاف يستوي فيه العلم والجهل، ويرجع عاقلته بالضمان على عاقلة الرابط؛ لأنّ الرابط تعدّى في رباطه، فصار هو السبب في إلزامهم الضمان، فكان الرجوع عليه.

٢٥٦٠ـ فَصْل:

قال: ولو كانت الإبل وقوفًا لا تُقاد، فجاء رجلٌ فربط إليها بعيرًا والقائد لا يعلم، فقادها القائد، فانقاد البعير معها، فوطئ البعير إنساناً فقتله، فالضمان على القائد، ولا يرجعون على عاقلة الرابط؛ لأنّ الرابط تعدّى في الربط، فلما قاد القائد أزال جنايته عن مكانها، فزال الضمان عنه وتعلّق بالقائد، كمن وضع حجرًا في الطريق، فدحرجه آخر، ثم عُطِب به إنسانٌ، فالضمان على عاقلة الثاني دون الأوّل.

وليس كذلك المسألة الأولى؛ لأنّه ربط البعير والإبل سائرةٌ، فلم يستقرّ به الجناية حتّى يتغير حكمها بالانتقال، فيبقى التعدّي ببقاء الربط.

(١) في ب (الرابط).

٢٥٦١ - فَصْل: [ربط البعير بالقطار والقائد يعلم]

قال: وإن كان القائد علم بالبعير في المسألتين جميعًا أنّه قد رُبِط إلىٰ إبله، فقادها علىٰ ذلك، فوطئ البعير إنساناً فقتله، فالدية علىٰ عاقلة القائد، ولا يرجعون علىٰ الرابط؛ لأنّه لمّا قاد بعد العلم بالربط، فقد رضي بذلك، فزال الضمان عن الرابط، فكأنّه ربط بأمره[1].



(١) انظر: الأصل ٧/٢٣ وما بعدها.




بَابُ
الرجل يجنى عليه جناياتٌ مختلفةٌ
بعضُها مضمونٌ وبعضها غيرُ مضمونٍ



قال أبو الحسن رحمهُ الله تعالىٰ: وإذا جرحَ الرجل رجلاً جراحةً أو جراحتين، وجرحه سَبُعٌ فمات من ذلك، فإنّ علىٰ الرجل نصف الدية، ونصفها هدرٌ.

وكذلك لو جرحه السَّبُعُ جراحتين، والرجل جراحةً واحدةً؛ وذلك لأنّ الجراحتين من رجلٍ واحدٍ كجنايةٍ واحدةٍ، بدلالة أنّ حكمها واحدٌ.

ولهذا قالوا: في رجلٍ جرح رجلاً جراحةً، وجرحه آخر جراحتين، أو عشر جراحاتٍ، فمات من ذلك، فالدية عليهما نصفان؛ لأنّ الإنسان قد يموت من جراحةٍ واحدةٍ ولا يموت من عشر جراحاتٍ[1]، فاحتمل أن يكون الموت من الجراحة المنفردة، واحتمل أن يكون من الجراحات الباقية.

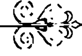
فإذا ثبت هذا، قلنا: قد مات في مسألتنا من جِرَاحَتَين مختلفتي الحكم؛ لأنّ جراحة السبع هدرٌ، وجراحة الآدمي مضمونةٌ، فانقسم الضمان، فوجبَ علىٰ الجارح النصف، وسقط ما أصاب جراحة السبع؛ لأنّه هدرٌ.

٢٥٦٢ ـ فَصْل: [اشتراك السَّبُع مع الإنسان في الجراحة]

قال: وكذلك لو جرحه الرجل جراحةً، وعقره سَبُعٌ، ونهشته حيّةٌ، وخرج به[2]

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ل (وجرح به جراح).

خراجةٌ، وأصابه حجرٌ، ورمت به الريح، فمات من ذلك، فعلىٰ الرجل نصف الدية[1]، تجعل الجراحات التي ليس لها حكمٌ يلزم [أحداً] كجراحةٍ واحدةٍ، فكأنّه مات من جنايتين[2]: إحداهما هدرٌ، والأخرىٰ مضمونةٌ، فيلزمه نصف الدية، ويبطل نصفها.

ولا يُبالىٰ كثر عدد الهدر أو قلّ، هو كجراحةٍ [واحدة][3]؛ وذلك لأنّ الهدر له حكمٌ واحدٌ، فصار كجراحات الرجل الواحد، أنّها في الحكم كجراحةٍ واحدةٍ.

٢٥٦٣ ـ فَصْل: [اشتراك رجلين في الجراحة]

قال: وكذلك لو جرحه رجلٌ جراحةً واحدةً[4]، وجرحه آخر أخرىٰ، ثم انضمّ إلىٰ ذلك ما ذكرنا ممَّا لا حكم له، يلزم فاعله، فإنّ علىٰ كلّ رجلٍ ثُلُث الدية، ويهدر الثلث؛ لأنّ جراحتي الرجلين كلّ واحدةٍ منهما تنفرد بحكم الضمان، والهدر في الجراحات كجراحةٍ واحدةٍ، فكأنّه مات من ثلاث جنايات، فتقسّم الدية أثلاثًا.

٢٥٦٤ ـ فَصْل: [الدية في الجنايات مختلفة الأحكام]

قال: فإن كان لبعض الجناية [جراحاتٌ][5] مختلفة الأحكام، فقسّمت مما يخصه إذا قسمت علىٰ عدد الجنايات علىٰ أحكام الجنايات.

---

(١) في ب (نصف الدم).

(٢) في ب (جراحتين).

(٣) الزيادة من ب، ل.

(٤) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٥) في أ (جراحتان)، والصواب في سياق العبارة ما في ب.

وذلك كرجلٍ أمر رجلاً أن يقطع يده لعلّةٍ بها[١] ، ثم إنّ المأمور جرح الآمر جراحةً أخرىٰ بغير أمره ، ثم جرحه رجلان[٢] آخران ، كلّ واحدٍ منهما جراحةً ، ثم عقره سَبُعٌ ، ونهشته حيّة ، وخرج به خراجٌ ، فمات من ذلك ، فإنّ الجناة الذين لجناياتهم أحكامٌ ثلاثةٌ وسائر ما لا حكم له واحدٌ ، فربع الدية هدرٌ ، ويُقسَّم باقي الدية علىٰ الجناة ، وهم ثلاثةٌ ، فيكون علىٰ كلّ واحدٍ منهم الثلث .

فما أصاب[٣] المأمور بالقطع ، فله حكمان: حكمٌ هدرٌ: وهو القطع الذي أمر به ، وحكمٌ مضمونٌ: وهو الجراحة التي فعلها بغير أمرٍ ، فسقط نصف ما يخصّه: وهو سدس الدية ، ويلزمه من الدية سدسها ؛ وذلك لأنّ جراحتي المأمور وإن اختلف حكمها ، فهي من فعلٍ[٤] واحدٍ ، فلا تثبت لها في حقّ شركائه في الجناية ، إلا حكم الجناية الواحدة .

فقد مات من جناية المأمور ، وجناية الآخرين ، والجنايات التي هي هدرٌ ، فهي كجنايةٍ واحدةٍ ، فصار الموت من أربع جناياتٍ: إحداها هدرٌ ، فيسقط ربع الدية ، وتلزم كلّ واحدٍ من المأمور والجارحين بعده ربع الدية ، فما أصاب المأمور ، يُقسَّم علىٰ جراحته لاختلاف حكمها ، فسقط نصف ما أصابه ؛ لأنّه مأمورٌ بالقطع ، وبقي نصفه [٣٤٢/أ] ، وهو الثمن .

والذي ذكر في الكتاب: السدس ، وإنّما يريد به سدس ما بقي من الدية بعد إسقاط الهدر ، وسدس الثلاثة الأرباع ، ثمن الجميع .

---

(١) مكان عبارة (لعلة بها) بياضٌ في ب .

(٢) في ل (رجل) .

(٣) في ل (فمات) .

(٤) في ل (قول) .




٢٥٦٥ ـ فَصْل: [اشتراك غير المأمور مع المأمورين بالضرب]

قال: ولو أنّ رجلاً أمر عشرة أن يضربوا عبده، أمر كلّ واحدٍ منهم أن يضربه سوطًا، فضربه كلّ واحدٍ [منهم] كما أمره، ثم ضربه آخر لم يأمره سوطًا، فمات من ذلك كله، فعلىٰ الذي لم يُؤمر أَرْش (السوط [الذي ضربه من قيمته مضروباً عشرة أسواط](١)، ثمّ علىٰ الذي لم يؤمر)(٢) جزءٌ من أحد عشر جزءًا من قيمته، مضروبًا أحد عشر سوطًا.

وذلك لأنّ الضارب الذي لم(٣) يُؤمر، قد أحدث في العبد نقصاً بضربه، والعبد ناقصٌ بما تقدّم من الضرب، فوجبَ أن يضمنَ ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته، وهو مضروب عشرة [أسواطٍ]؛ لأنّه لم يجن عليه إلا بعد نقصانه.

ثمّ قد مات العبد من إحدىٰ عشر جراحةً؛ لأنّ كلّ واحدٍ من السياط فعل آدميٍّ، فتعلّق بفعله حكمٌ، فانقسم الضمان علىٰ عددهم، فما أصاب العشرة سقط؛ لأنّه وقع بأمر المالك، وما أصاب الحادي عشر ضمنه، وذلك جزءٌ من أحد عشر جزءًا من قيمته مضروبًا بأحد عشر سوطًا؛ لأنّ العشرة الأسواط أوجبت نقصًا بفعل غيره، فلا [يضمنه](٤)، والسوط الحادي عشر قد ضمن نقصه ابتداءً، فلا يضمنه(٥) ثانياً.

وإنّما لم يدخل نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما [جزء و]ضمان الجزء، وضمان الجزء والجزء إذا تعلقا بسبب واحدٍ، لم

(١) ساقطه من أ، ب، والزيادة أضيفت من ل.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) (لم) سقطت من ب، ل.
(٤) في أ (يضمن به) والمثبت من ب، ل.
(٥) في ب (فلا يضمن به).

يدخل أحدهما في الآخر.

(وليس هذا كمن انفرد بضرب العبد فمات، أنّه يضمن القيمة دون النقصان؛ لأنّه اجتمع ضمان جزءٍ وضمان كلٍّ، وتعلّقا بسببٍ واحدٍ، فدخل أحدهما في الآخر)[1].

قال: ولو كان المولى هو الذي ضربه عشرة أسواطٍ بيده، ثم ضربُه أجنبيٌّ سوطًا، فمات من ذلك كلّه، فعلى الأجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر، مضروبًا عشرة أسواط، ونصف قيمته مضروبًا أحد عشر سوطًا.

لأنّ ضرْبَ المولى لمّا حصل من فعلٍ واحدٍ، صار كجنايةٍ واحدةٍ وإن كثر عدده، فكأنّه مات من سوطين، فيسقط نصف الدية ويثبت نصفها.

ولا يقال: ضرب العشرة بأمره كضربه بنفسه، فَهَلّا كانا سواءً؛ ولأنّ لضربهم كلّهم حكماً واحداً، وهو سقوط الضمان.

قيل له: جنايةُ الآدميَّين المختلِفَين ـ وإن استوى حكمها ـ لا تصير كجنايةٍ واحدةٍ، بدلالة الجنايتين المضمونتين من اثنين، لا يكون كجنايةٍ واحدةٍ، والجنايتان من واحدٍ يتساويا في الضمان، وهي كجنايةٍ واحدةٍ.

فأمّا ضرب الجماعة بأمر المولى، فهو في حقّ المولى كفعله في باب سقوط الضمان.

فأمّا في حقّ من شاركهم في الجناية، فإنّما يعتبر عددهم؛ لأنّ لفعل كلّ واحدٍ منهم حكمًا ينسب إليه، وهو الضمان، أو المأثم.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب، ل.




٢٥٦٦ - فَصْل: [الدية في اختلاف الجراحات]

قال: ولو أنّ رجلاً جرح رجلاً جِراحةً، وجرحه آخر جِراحتين أو أكثر من ذلك، فمات، فالدية عليهما نصفان إذا كان جراحة الواحد ممّا قد يقتل مثلها، إنّما يُنظر إلىٰ الجناة[١]، ولا يُنظر إلىٰ عدد الجنايات؛ لأنّه قد يموت من واحدةٍ [ويَسْلم من عشرةٍ]، وقد يموت من عشرة، ويسلم من واحدةٍ، وهذا علىٰ ما بيّناه.

٢٥٦٧ - فَصْل: [عفو المجروح عن أكثر الجراحات]

[وقد قالوا في رجلٍ جرح رجلاً عشر جِراحاتٍ، وجرحه آخر جِراحةً واحدةً، فعفا المجروح الجارحَ عن جرحٍ من العشرة وما يحدث منه، ثمّ مات من ذلك، فعلىٰ صاحب الجرح الواحد نصف [الدية]، وعلىٰ صاحب العشر ربع الدية؛ لأنّ الجراحة الواحدة كالعشرة في الضمان، فلمّا عفا عن واحدةٍ منها، انقسمت العشرة فتغيّر حكمها، فصار لتسعةٍ حكمٌ، ولواحدةٍ حكمٌ، فصار ما يتعلّق بها نصفين، فيسقط الربع، ويبقىٰ الربع.

٢٥٦٨ - فَصْل: [عفو المجروح عن أقل الجراحات]

ولو أمره أن يجرحه واحدةً، فجرحه عشراً، أو جرحه آخر جرحاً واحداً، ثمّ عفا المجروح لصاحب العشر عن واحدٍ من التسع التي كانت بغير أمره، ثمّ مات المجروح من ذلك كلّه، فعلىٰ صاحب العشر ثمن الدية؛ لأنّ نصف الدية تعلّق بفعله، وانقسم [العشرة] بأمر المجروح بواحدةٍ، فصار عليه الربع، ثمّ انقسم ذلك بالعفو، فسقط نصفه، فبقي عليه الثمن][٢][٣].

---

(١) في ل (الجناية).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطه من أ والمثبت من ب، ل.

(٣) انظر: الأصل ١٢٤/٧ وما بعدها.

بَابُ
الرجل يأمرُ غيرهُ بالجنايةِ عليهِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا قال الرجل للرجل اقتلني، فقتله بسيفٍ عمدًا أو خطأً، لم يكن عليه ديةٌ في قول أبي حنيفة، روىٰ ذلك ابن سَمَاعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، والحسن بن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

وروىٰ بِشْر بن الوليد وعلي بن الجَعْد عن أبي يوسف: أنّ علىٰ القاتل الدية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وكذلك روىٰ هشام عن محمدٍ عن أبي حنيفة: أنّ عليه الدية.

وروىٰ ابن سَمَاعة عن محمدٍ نفسه: أنّه عليه الدية استحساناً.

والكلام في هذه المسألة يقع في سقوط القِصَاص، فقال أصحابنا: لا قِصَاص علىٰ القاتل.

وروىٰ الحسن عن زفر: أنّ عليه القِصَاص.

وجهُ قولهم[1]: أنّ القِصَاص إذا ثبت، ثبت للمقتول؛ بدلالة سقوطه بعفوه، ويستحيل أن يثبت له مع أمره به، كما لو أمر بقطع يده.

وجه قول زفر: أنّ الأمر بالقِصَاص لا يتعلّق به حكمٌ، بدلالة أنّ المأمور لا يحلّ له القتل[2]، فصار وجود أمره وعدمه سواءً؛ ولأنّ القِصَاص يثبت بعد

(١) في ب (قولهما).
(٢) في ب (القطع).

الموت، وأمره لا يؤثر في إسقاط ما يجب لورثته بعد موته.

وليس هذا كقطع يده؛ لأنّ الحقّ يجبُ له، فجاز أن يسقط بأمره.

فأما ضمان[1] الدية، فوجه رواية ابن سَماعة ـ وهي أصح الروايتين: أنّ الدية لو وجبت، وجبت له؛ بدلالة أنّ ديونه تُقضَىٰ منها، وتنفذ وصاياه، فإذنه في سبب وجوبها يُسقطُها، كما لو أذن في قطع يده؛ ولأنّه ضمانٌ يجب له، فوجب أن يَسقط بإذنه في الإتلاف، كضمان المال.

وجه الرواية الأخرىٰ: أنّ الدية إنّما تجبُ بعد الموت، ويستحيل أن يثبت للميت حقٌّ مبتدأٌ بعد موته، فعُلِم أنّها تثبت للورثة، فإذنُ الميت لا يؤثّر في إسقاط حقّهم؛ ولأنّ القياس: أن لا يسقط القِصَاص بالإذن؛ لأنّه يجب بعدَ الموت، إلا أنّ الإذن في سببه صار شبهةً في سقوطه[2]، فانتقل مالاً، والمال لا يسقط [بالشكّ][3] والشبهة.

وقال ابن سَمَاعة وهشام عن محمدٍ: إذا أمر الرجلُ الرجلَ أن يقطع يده، أو يفقأ عينه، فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأنّ الضمان إنّما يجب له، فإذنه في سببه يسقط الضمان لحقّه.

قال: ولو قال: اقتل عبدي، أو اقطع يده، لم يضمن فيهما؛ لأنّ الضمان يثبت في الوجهين جميعًا للمولىٰ، وقد أذن في الإتلاف، فلا يثبت الضمان.



(١) في ل (وأما أصحاب الدية).
(٢) في ل (في سقوط ما ينتقل مالاً).
(٣) الزيادة من ب.

٢٥٦٩ ـ فَصْل: [القصاص في الأمر بقتل الوارث]

وقال هشام عن محمدٍ: إذا [قال]: اقتل أخي، وهو وارثه، قال محمدٌ: كان زفر يقول: أقتله به، وقال أبو حنيفة: أستحسن أن آخذ الدية من القاتل.

وجه القياس: أنّه غير مالكٍ لدم أخيه[1]، فإذنه لا يتعلّق به حكمٌ.

وجه الاستحسان: أنّ القِصَاص[2] لو وجبَ لوجبَ للأخ، وقد أذن في سببه، فصار ذلك شبهةً في سقوطه، فانتقل مالاً.

وقال علي بن الجَعْد عن أبي يوسف، قال أبو حنيفة: إذا أمر الرجل رجلاً آخر بقتل عبده، فقتله، فلا شيء عليه، فإن أمر أن يقتل ابنه ولا وارث غير الأب، فقَتَله، قُتِل به.

وروى الحسن [٣٤٢/ب] عن أبي يوسف أنّه قال: أستحسن أن أجعل عليه الدية.

قال أبو يوسف: وهذا مخالفٌ لنفسه وعبده.

أما أبو حنيفة: فيجوز أن تكون هذه الرواية عنه هي القياس، والاستحسان ما قال أبو يوسف في وجوب الدية.

والفرق بين هذا وبين أمره بقتل نفسه: أنّهُ مالكٌ لدمه؛ بدلالة أنّه لو أقرَّ بما يوجب القتل، قُتِل، فجاز أن يكون إذنه فيما يملك مُسقِطًا للضمان، وليس بمالكٍ لدم ابنه، فإذنه فيه لا يُسقِط الضمان[3].

---

(١) في ب (له من أخيه).

(٢) في ل (القياس).

(٣) انظر: الأصل ٧/٣٢٧ وما بعدها.

٢٥٧٠ـ فَصْل: [القصاص فيما إذا أمر بقطع يد ابنه]

قال: ولو أمره بأن يَشجّه، فشجّه، فلا شيء عليه، وإن مات منها كانت عليه الدية.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: هذا علىٰ أصل أبي حنيفة؛ لأنّ أمره بالشَّجّة لا يكون أمرًا بالنفس، كما لا يكون إبراؤه من الشَّجّة إبراءً من النفس؛ وذلك لأنّه أسقط الضمان في الشَّجّة بالإذن، ولم يسقط في النفس، ومن أسقط ما ليس بحقٍّ له، لم يسقط حقّه، إلا أنّ الشَّجّة سببٌ للقِصَاص، فالإذن فيها شبهةٌ.

وقال أبو يوسف في رجل أمر رجلاً أن يقطع يد ابنٍ له صغيرٍ، فقطعها: إنّ للأب أن يقتصّ منه؛ لأنّ القِصَاص يثبت للصغير، فإذن الأب لا يُسقِط حقّ غيره.

وقال ابن سَمَاعة في نوادره: سمعت محمدًا قال في رجل أمر رجلاً أن يقطع يده، ففعل، فمات المجروح منها، قال: ليس علىٰ قاطعه شيءٌ.

قال: ولا يشبه هذا رجل شجّ رجلاً مُوضِحَةً[1]، فعفا له عنها، ولم يقل: وما حدث منها، فمات منها، قال: هذا في قول أبي حنيفة عليه الدية من قِبَل أنّه عفا عن الشَّجّة، ولم يقل: وما يحدث منها، فلما مات علمنا أنّه قاتلٌ، ولم يعف عن النفس، فعليه الدية.

قال: والذي أمر بقطع يده فمات من ذلك لا يشبه هذا، من قِبَل أنّ قطع اليد لا شيء فيه، فلمّا لم يكن في قطع اليد شيءٌ، لم يكن في النفس الذي ذهبت[2]

(١) «الموضحة من الشجاج: وهي التي توضح العظم». المغرب (وضح).
(٢) في ب (تلفت).

من اليد شيءٌ، وهذا الذي ذكره ابن سَمَاعه مخالفٌ لما رواه أبو يوسف، وبناه أبو الحسن على هذا الأصل.

والفرق الذي ذكره محمدٌ صحيحٌ؛ لأنّ الشَّجّة وقعت هناك مضمونةً، وإنّما يسقط ضمانها بالعفو، فإذا عفا عنها فَسَرت، تبيّنّا أنّه عفا عن غير حقّه، فبقي الضمان، وإذا أمر ابتداءً بالشّجّة، فقد وقعت غير مضمونةٍ، (وإنّما يسقط ضمانها بالعفو، فإذا عفا عنها فقد وقعت غير مضمونةٍ)[1]؛ بدلالة أنّها لو استقرت لم يضمن، فما يتولّد منها لا يكون مضمونًا.

[وقد قالوا فيمن قال لرجلٍ: اجنِ عليّ! فرماه بحجرٍ، فجرحه جرحاً لا يعيش من مثله، فهذا قاتلٌ، ولا يسمّىٰ جانياً، فعليه الدية.

لأنّ قوله: اجنِ عليّ، إنّما يُراد به ما دون النفس، ألا ترىٰ أنّه لو أراد النفس لقال: اقتلني.

ولو جرحه جرحاً يُعاش من مثله، فمات من ذلك، فلا شيء على الجاني؛ لأنّ هذا [لا] يُسمىٰ جنايةً[2]؛ لأنّه لا يقتل لا محالة[3]، فقد فعل ما أمره به، فسقط الضمان عنه][4].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (يسمىٰ جناية)، بإسقاط (لا)، والصواب إثباتها، وينظر مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي (١/٣٩٢)

(٣) في ل (في الغالب).

(٤) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من (ب، ل).




بَابُ
الجنايةِ بحفرِ البئر

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا حفر الرجل الحرّ بئرًا في طريق المسلمين، فوقع فيها رجلٌ فمات، أو أصابته جنايةٌ فيما دون النفس بسقوطه، فهو ضامن للجناية، حيًا كان الحافر[1] أو ميتًا؛ وذلك علىٰ عاقلته إذا كان ما لزمه بالجناية خمسمائة فصاعدًا[2].

فإن كان أقلّ من ذلك، فهو في ماله، يؤخذ منه إن كان حيًا، ومن تركته إن كان ميتًا؛ وذلك لِما [روي] عن شريح: أنّ عمرو بن الحارث حفر بئرًا عند درب أسامة، فعطبت فيها بغلة، فضمّنه شريح[3]، وقضاياه كانت بحضرة الصحابة، ولم يُحك في ذلك خلافٌ.

ولأنّه متعدٍّ في الحفر، فضمن ما تولّد منه، كمن تعدّىٰ في الرمي؛ ولأنّه لمّا حفر في غير حقه، صار مسببًا في الإتلاف علىٰ طريق التعدي، فكأنّه دفع الواقع فيها.

وقد روي عن أبي يوسف في الأمالي أنّه قال: إذا مات الواقع في البئر من الوقوع، ضمن في قول أبي حنيفة، فإن مات غمّاً [أو جوعاً][4]، لم يضمن.

---

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص (٤٥٦).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٣٩٩/٥)

(٤) في أ (أو خوفاً)، والمثبت من ب، وهو الأنسب كما يظهر من السياق، والخوف رديف الغمّ.

وقال أبو يوسف: إن مات غمّاً ضمن، وإن مات جوعًا، لم يضمن.

وروي عن محمدٍ أنّه [قال]: يضمن في الجميع.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الجناية هي الحفر، فما تولّد منه مضمونٌ، وما حدث بسببٍ آخر لا يضمنه الحافر[(١)]، كما لو دفع رجلٌ فيها رجلاً، والغمّ والجوع ليس بفعل الحافر، فلم يضمنه.

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الغمّ [حصل] بسبب البئر[(٢)]، فصار كالمُتلَف بالوقوع، والجوع تأخير الأكل، وذلك لا يعود إلى الحفر.

[وجه قول] محمدٍ: أنّ الحافر صار سببًا في الجميع، فكأنّه حبسَ رجلاً حتّى مات.

وأمّا وجوب الضمان على العاقلة؛ فلأنّه قُتل بسببٍ، فهو أضعف من قتل الخطأ، فإذا أوجب ضمان الخطأ على العاقلة، فهذا أولى، ويتحمّلون ما بلغ أرشاً مقدّرًا على ما بيّنا[(٣)]، وما لم يبلغ الأَرْش المُقدّر في مال الحافر؛ لأنّه يجري مجرى ضمان الأموال.

وإنّما يستوي في ذلك حياة الحافر وموته؛ لأنّ الضمان يستند إلى حال الحفر، فكأنّه جنى في ذلك الوقت، ثم مات.

٢٥٧١ - فَصْل: [أرش الجناية بسبب الحفر]

قال: ويجب عليه لكلّ جنايةٍ كانت منه بالحفر أَرْش الجناية، لا يسقط شيءٌ

(١) في ب (لا يتضمنه، فلم يضمنه الحافر).
(٢) في ل (بسبب البيت فصار كالتلف).
(٣) في ب (ما قدّمنا).

من ذلك بشيءٍ منه ، ولا يشترك المجنيّ عليهم فيما يجب لكلّ واحدٍ منهم ، وهو كلّه علىٰ العاقلة ، إلا ما نقص من خمسمائة ؛ وذلك لأنّ ما يجب بالحفر [إنما هو] في ذمم العاقلة ، والحقوق المتعلّقة بالذمم لا تتضايق[١].

٢٥٧٢ ـ فَصْل: [أرش الجناية إذا كان الحافر مُدَبّراً]

قال: وإن كان الحافر مُدبَّرًا أو أمّ ولدٍ ، فما لَحِق من جنايته بالحفر ، فهو علىٰ المولىٰ في قيمة المُدبَّر وفي قيمة أمّ الولد ولا يلزمه في كلّ واحدٍ منهما إلا قيمةٌ واحدةٌ علىٰ ما بيّنت لك في جنايتهما بأيديهما[٢] ، غير أنّ قيمة المُدبَّر وأمّ الولد تلزم المولىٰ يوم حفرا ، ولا يُنظر إلىٰ قيمتهما بعد ذلك إن زادت أو نقصت ؛ لأنّ حفرهما جنايةٌ ، وجنايتهما تلزم المولىٰ ؛ لأنّه منع من تسليمهما فيها بتدبيره واستيلاده ، فكأنّه دبّر بعدَ الجناية وهو لا يعلم.

و[هو] لا يجب عليه إلا قيمةٌ واحدةٌ ؛ لأنّ الضمان يلزمه بالمنع ، والمنع منعٌ واحدٌ.

وإنّما اعتُبِرَت قيمتهما يوم الحفر ؛ لأنّ الحفر هو الجناية دون الوقوع ، فصار كالجناية بالمباشرة ، فاعتبرت قيمتهما عندها.

قال: وإن كان الحافر مُكَاتَبًا ، لزمته الجنايات دون سيّده علىٰ ما بيّنت لك من جنايته بيده ، إلا أنّك تعتبر أيضًا قيمته يوم حفر ، لا يوم الجناية ؛ وذلك لأنّ المُكاتَب أحقّ بأكسابه ، فجنايته عليه كالحرّ.

---

(١) انظر: الأصل ٣٥/٧ وما بعدها.

(٢) في ب ، ل (بأبدانهما).

٢٥٧٣ - فَصْل: [أرش الجناية إذا كان الحافر عبدًا]

قال: (وإن كان الحافر عبدًا، فالجنايات كلّها في رقبته، يقال للمولى: ادفعه أو افده)[(١)]، ويتضاربون في الرقبة على [قدر] ما لكلّ واحدٍ منهم فيها، وذلك لأنّ الحفر جنايةٌ كالمباشرة، فيتعلّق برقبته، والرقبة تتضايق عن الحقوق، فيتضاربون فيها.

فإن اختار المولى الفداء، فداه بجميع الأَرْش؛ لأنّه إنّما يظهر[(٢)] رقبة عبده بإيفاء[(٣)] ما تعلّق بها.

قال: فإن أعتقه المولى بعد الحفر [٣٤٣/أ] قبل الوقوع، ثم لحقت الجنايات، فذلك على المولى في قيمته يوم عتق، فتشترك الجنايات التي كانت بعد العتق وقبله فيها لكلّ واحدٍ منها بقدر أَرْش جنايته؛ لأنّ المولى صار مانعاً من تسليم الرقبةِ بالعِتْق من غير اختيارٍ، فيلزمه القيمةُ.

٢٥٧٤ - فَصْل: [تعلق الحقوق برقبة العبد الحافر]

قال: وكذلك لو لم يعتق، ولكن وقع في البئر رجلٌ فمات، فدفعه بالجناية، ثم وقع في البئر آخر، فإنّه يشارك الأوّل في الرقبة المدفوعة، وكذلك ما حدث من جنايةٍ بعد الدفع، فإنّهم يشاركون المدفوع إليه الأوّل في رقبة العبد، كلّ واحدٍ منهم بقدر جنايته؛ وذلك لأنّ المولى إنّما يلزمه الضمان في الرقبة، وقد زال ملكه عنها بغير اختياره، فتعلّق بها حقّ الثاني كما تعلّق بها حقّ الأوّل.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) هكذا في النسختين.

(٣) في ل (بانتفاء).

ومما يلحق بهذا الباب:

٢٥٧٥ ـ فَصْل: [الضمان بحال الاشتراك في حفر البئر]

ما قالوا: فيمن حفر بئرًا في الطريق، فجاء رجلٌ فحفر في أسفلها، ثم وقع فيها إنسانٌ، فالضمان على الأوّل، ولا ضمان على الثاني؛ لأنّ الأوّل كالدافع، والثاني كالحافر، فكأنّ رجلاً دفع رجلاً في بئرٍ حفرها غيره، فالضمان على الدافع.

قال محمدٌ في الكتاب: ينبغي في القياس [أن لا][١] يضمن الأوّل، ثم قال: وبه نأخذ، ولم يذكر الاستحسان.

(وذكر في الاستحسان: أنّ الضمان عليهما؛ لأنّهما اشتركا في الجناية، وإنّما تُرك هذا الاستحسان)[٢]؛ لأنّ ابتداء السبب كان من الأول، فصار كمن حفر بئرًا فنصب غيره فيها سكينًا، فوقع فيها رجلٌ[٣] فمات، فالضمان على الحافر دون واضع السكين.

ولو أوسَع رجلٌ رأسها، فوقع فيها إنسانٌ، فالضمان عليهما نصفان، وهذا موضوعٌ على أنّه وسعها قليلاً بمقدار ما يضع رجله في حفرها.

فأمّا إذا وسع الثاني كثيرًا حتّى يصير وضع القدم في حفر الثاني دون حفر الأول، فالضمان على الثاني؛ لأنّ جناية الأوّل زالت[٤].



---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ب (إنسانٌ).
(٤) انظر: الأصل ٣٥/٧.

٢٥٧٦ـ [فَصْل: الاشتراك في سبب الوقوع]

قال: ولو حفر بئرًا وكَبَسها بحجارةٍ أو جِصٍّ، فجاء رجلٌ آخر، فأخرج منها الحجر والجِصّ، فوقع فيها إنسانٌ، فالضمان على الذي أخرج الحجارة، ولو كان كبسها بحنطةٍ أو شعيرٍ، ثم جاء رجل فأخرجها، ثم وقع فيها إنسانٌ، فالضمان على الأوّل.

والفرق بينهما: أنّ الكبس بالحجر والجِصّ، طمٌّ للبئر، فيخرجها من حكم الآبار، وتزول الجناية، وإنّما تصير بئرًا بفعل الثاني، فصار بمنزلة حفرٍ مُستقبلٍ.

وأما إذا كبسها بحنطةٍ أو شعيرٍ، فحكم الحفر باقٍ؛ لأنّ البئر لا تُطَمّ بذلك، فإذا جاء الثاني فأخرج ما فيها، فهي [في حكم البئر] بفعل الأول، فالضمان عليه.

قال: ولو [عثر](١) رجلٌ بحجرٍ، فسقط(٢) في بئرٍ حفرها آخر، فهو على وجهين: إن كان الحجرُ وضعه إنسانٌ على الطريق، فالضمان على واضع الحجر(٣)؛ لأنّه كالدافع للرجل في البئر، فالضمان عليه.

وإن كان [الحجر] بغير فعل أحدٍ ـ حمله السيل ـ فالضمان على حافرِ البئر؛ لأنّه لا حكم للحجر، فصار وقوعه في البئر بغير فعل أحدٍ(٤)، فالضمان على الحافر(٥).

---

(١) في أ، ب (تعثر) والمثبت من ل.

(٢) في ب (فوقع).

(٣) في ب (على الواقع)، وهو مناقضٌ للسياق.

(٤) العبارة من (فالضمان على.... إلى هنا) مكررة خطأً في أ.

(٥) انظر: الأصل، ٣٦/٧.

٢٥٧٧ ـ [فَصْل: الحافر سَدَّ رأس البئر فجاء آخر فنقض ذلك]

قال: ولو سدّ الحافر رأس البئر، فجاء آخر فنقض ذلك، ثم وقع فيها إنسانٌ، فالضمان على الحافر؛ لأنّ الأوّل وإن غطّى رأسها، فلم يخرج من حكم الآبار، فإذا فتح الثاني رأسها، فالجناية بفعل الأوّل، وإنّما أظهرها الثاني، فالضمان على الأول.

وقالوا فيمن حفر بئرًا في ملك غيره، فوقع فيها إنسانٌ، فقال صاحبُ الدار: أنا كنت أمرته، وأنكر أولياء الميت، فالقياس أن لا يُصدّق صاحب الدار؛ لأنّه يبرئ الحافر من ضمانٍ وجب في الظاهر.

والاستحسان: أن يُصدّق؛ لأنّه لو[١] أذن في الحال جاز إذنه، فإذا أقرّ بما يملكه بعد إقراره أولى[٢].

وإذا حفر الرجل بئرًا في طريق مكة في غير ممرّ الناس، فلا ضمان على الحافر [عند أبي يوسف ومحمدٍ]؛ لأنّ المفازة موضعٌ مباحٌ، فلكلّ أحدٍ أن يحفر فيه، وقد ملكها الحافر عند أبي يوسف ومحمدٍ وما حولها من الحريم، وعند أبي حنيفة: لا يملك إلا أن يكون حفرها بإذن الإمام.

وإذا سقط رجل في البئر، فقال الحافر: ألقى نفسه فيها عمدًا، وقال ورثة الميت: وقع فيها، كان قول أبي يوسف الأوّل: إنّ القول قول الورثة، ثم رجع فقال: القول قول الحافر، وهو قول محمدٍ.

وجه قوله الأول: أنّ الإنسان في العادة[٣] لا يتعمّد إلقاء نفسه في البئر،

(١) (لو) سقطت من ب.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب، وفي ل (فإذا أقرّ بما ملكه نفذ إقراره).
(٣) في ب، ل (في الغالب).

فلم يُقبَل قول الحافر فيما يخالف الظاهر.

وجه قوله الثاني: أنّ الاختلاف وقع في وجوب الضمان، فالقول قول المنكر؛ ولأنّ الظاهر أنّ الإنسان يرىٰ البئر في الطريق [الذي يمشي فيه]، كما أنّ الظاهر أنّه لا يتعمّدُ الوقوع، فيقابل الظاهران، والأصل عدم الضمان.

٢٥٧٨ - [فَصل: وقوع إنسان في بئر بفناء الدار]

وذكر محمدٌ في الديات: فيمن استأجر رجلاً ليحفر له بئرًا في الطريق، [فحفر] فوقع فيها إنسانٌ، فإن كانت [البئر] في فناء المستأجِر، فالضمان عليه دون الأجير.

وإن لم يكن ذلك في فنائه، وقد أعلم المستأجر الأجير أنّه ليس في فنائه، فالضمان علىٰ الأجير، وإن لم يُعلمه فالضمان علىٰ المستأجر.

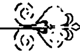
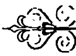
أمّا إذا كان في فنائه فقد روي عن شريح: أنّه ضمّن عمرو بن الحارث قيمة بغلةٍ وقعت في بئرٍ حفرها[1]، وقد كان عمرو بن الحارث أحد الرؤساء، فهو لا يحفر بئرًا بنفسه، وإنّما يستأجر من يحفرها، وقد ضمّنه شريحٌ بحضرة السّلف.

ولأنّ لصاحب الدار اختصاصًا بفنائه، ألا ترىٰ أنّ عند أبي يوسف ومحمدٍ: لا يُمنَع من التصرف فيه إذا لم يضر، وعند أبي حنيفة: إذا لم يُمنَع، ساغ له الانتفاع، فتعلّق بأمره فيه حكمٌ، فكأنّه حفر بنفسه.

وأمّا إذا لم يكن في فنائه، وقد علموا أنّها ليست في فنائه، فأمره[2] لا يتعلّق

(١) سبق تخريجه ص ٤٤٥٦.

(٢) في ل (فلا يتعلق).

به حكمٌ ؛ لأنّه لا يجوز له الانتفاع بهذا المكان ، فبقي أن يكون أمرًا بالجناية ، وضمان الجناية يلزم الجاني دون الآمر .

فأمّا إذا لم يعلموا أنّ الموضع ليس بفناءٍ ، فقد غرَّهم الآمر[1] ؛ لأنّ الإنسان في العادة إنّما يأمر بما يملك ، فكان الضمان عليه بحكم الغرور[2] .

٢٥٧٩ - [فَصْل: موت أحد العاملين أثناء الحفر]

قال: وإذا استأجر الرجل أربعة نفرٍ يحفرون له بئرًا ، فوقعت عليهم من حَفْرِهم ، فمات أحدهم ، فعلى كلّ واحدٍ من الثلاثة رُبُعُ الدِّيَة ، ويسقط الربع ؛ لأنّه مات بجناية نفسه وجناية أصحابه ، فيسقط ما أصاب فعله ، ويثبت ما أصاب شركاؤه .

وقد روي عن الشعبي عن عليٍّ رضوان الله عليه: «أنّه قضىٰ علىٰ القارصةِ والواقصةِ[3] [٣٤٣/ب] والقامصةِ بالدية أثلاثًا ؛ وذلك لأنّ ثلاث جوارٍ كنّ يلعبن ، فركبت إحداهنّ صاحبتها ، فجاءت الثالثة[4] فقرصت المركوبة ، فسقطت الراكبة ، فوُقِص عنقها ، فجعل علي بن أبي طالب عليه السلام علىٰ القارصة ثلث الدية ، وعلىٰ القامصة الثلث ، وأسقط الثلث ؛ لأنّ الواقصة أعانت علىٰ نفسها»[5] .

وروي: «أنّ عشرةً مدّوا نخلةً ، فسقطت علىٰ أحدهم فمات ، فقضىٰ علي بن أبي طالب رضوان الله عليه علىٰ كلّ واحدٍ بعُشر الدية ، وأسقط العُشْر ؛ لأنّ

(١) في ل (بالأمر) .

(٢) انظر: الأصل ٣٨/٧ .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

(٤) في ب (إحداهنّ) .

(٥) رواه البيهقي في الكبرىٰ (١١٢/٨) .

المقتول أعان علىٰ نفسه»[1].

وهذا إذا كانت البئر في الطريق، فإن كانت في ملك المستأجر، فينبغي أن لا يجب شيءٌ؛ لأنّ الفعل كان مباحًا، فما تولّد منه غير مضمونٍ.

٢٥٨٠ـ [فَصل: موت الجميع بتعلق بعضهم ببعض في بئر]

[قال]: وإذا وقع الرجل في بئرٍ في الطريق، فتعلّق بآخر، وتعلّق الثاني بثالث، فوقعوا جميعًا، فماتوا، فإنّ هذا علىٰ وجهين: إما أن يُعرَف حال موتهم، وهو أن يخرجوا [أحياء] فيخبروا عن حال موتهم، وإما أن لا يعرف حال موتهم.

فإن عرف ذلك، فإنّ موت الأول لا يخلو من [سبعة] أوجه: إما أن يموت بوقوعه في البئر، أو بوقوع الثاني عليه، أو بوقوع الثالث عليه، (أو بوقوع الثاني والثالث عليه، أو بوقوعه ووقوع الثاني عليه، أو بوقوعه ووقوع الثالث عليه، أو بوقوعه ووقوع الثاني والثالث عليه)[2].

فإن عُرف أنّه مات بوقوع نفسه في البئر، فالضمان علىٰ الحافر [خاصّةً]؛ لأنّه مات من جنايته.

وإن مات بوقوع الثاني عليه، فدمه هدرٌ[3]؛ لأنّه هو الذي جرّ الثاني علىٰ نفسه.

(وإن مات بوقوع الثالث عليه، فديته علىٰ الثاني؛ لأنّ الثاني هو الذي جرّ

---

(١) ذكرها السرخسي في المبسوط (١٦/٢٧)، والكاساني في بدائع الصنائع (٧/٢٧٨)

(٢) ما بين القوسين سقطت من ل.

(٣) هنا في ب (فنصف ديته هدرٌ، وبعضها عليه، فدمه هدرٌ)، والعبارة بهذه الصورة ركيكةٌ غير واضحة المعنىٰ.




الثالث عليه)[1].

وإن مات بوقوع الثاني والثالث عليه، فنصف ديته هدرٌ، ونصفها على الثاني.

وإن مات بوقوعه ووقوع الثاني عليه، فالنصف على الحافر، والنصف هدرٌ.

(وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه، فنصفه على الحافر، ونصفه على الثاني)[2].

وإن مات بوقوعه ووقوع الثاني والثالث، فديته أثلاثًا: ثلثٌ على الحافر، وثلث هدرٌ، وثلث على الثاني؛ لأنّه مات بثلاثة أسباب، فتنقسم ديته أثلاثًا.

وموت الثاني لا يخلو من ثلاثة أوجهٍ: إما أن يموت بوقوعه في البئر، أو بوقوع الثالث عليه، أو بوقوعه ووقوع الثالث عليه.

فإن مات بوقوعه في البئر، فديته على الأوّل؛ لأنّ الأوّل هو الذي جرّه في البئر.

وإن مات بوقوع الثالث عليه، فديته هدرٌ؛ لأنّه هو الذي جرّه على نفسه.

وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه، فديته نصفان، نصفها هدرٌ، ونصفها على الأوّل.

فأمّا موت الثالث، فليس له إلا وجهٌ واحدٌ: وهو وقوعه في البئر، فديته على الثاني؛ لأنّ الثاني هو الذي جرّه.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

وهذا إذا عُلم كيف حالهم، فإن وُجِدوا موتىٰ ولا يُعرَف كيف كان موتهم[١]، فالقياس أنّ ديةَ الأوّل علىٰ الحافر، ودية الثاني علىٰ الأوّل، ودية الثالث علىٰ الثاني، وهو قول محمدٍ.

وفي الاستحسان ـ وهو قولٌ لم يبيّن محمد من قال به، فيقال: إنّه قول أبي يوسف، ويُقال: هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ: إنّ دية الأول أثلاث: علىٰ صاحب البئر الثلث، وعلىٰ الأوسط الثلث، والثلث هدرٌ، ودية الثاني نصفان: نصفٌ علىٰ الأوّل، ونصفٌ هدرٌ، وديّة الثالث علىٰ الثاني بالاتفاق، وإنّما يتبيّن الخلاف في دية الأول والثاني.

وجه القياس: أنّ دية الأوّل علىٰ الحافر؛ لأنّ وقوعه في البئر قد ظهر، فموته من ذلك ما لم يثبت سببٌ آخر.

وكذلك موت الثاني، سببُ وقوعه كان أسبق، فعندنا: أنّه مات من الوقوع ما لم يظهر سببٌ آخر.

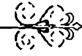
وجه الاستحسان: أنّ هذه الأسباب الثلاثة قد ظهرت، وليس أحد الأسباب أولىٰ من الآخر، فوجب أن يُقسّم أثلاثًا، فيُجعَل كأنّه مات من الأسباب كلّها، ويجعل الثاني كأنّه مات من السببين.

قال محمدٌ في الكتاب: فإذا لم يُعرَف من أي ذلك ماتوا، بطل نصف ذلك، وأخذ بالنصف.

يعني: أنّه يجب البعض ويسقط البعض، ولا يريد أنّه النصف خاصةً؛ لأنّ

---

(١) في ل (كيف حالهم).

دية الأول يسقط ثلثها، ويجب الثلثان.

أو يقال: إنّه أراد بالنصف: دية الثاني خاصةً؛ لأنّهم اتفقوا أنّه لا يسقط من دية الثالث شيءٌ، فعُلم أنّ قوله: يسقط النصف؛ انصرف إلىٰ بعضهم دون بعضٍ، فيُحمَل علىٰ الثاني(١).

٢٥٨١ - [فَصْل: وقوع إنسان في بئر حفره العبد بأمر سيده]

وإذا أمر الرجل عبده أن يحفر بئرًا في الطريق، فوقع فيها إنسانٌ، فإن كان في فنائه، فالضمان علىٰ عاقلة المولىٰ، فكأنّ المولىٰ حفر؛ لأنّه يملك الإذن(٢) في هذا المكان، فكأنّه استأجر من حفر.

وأمّا إذا كان في غير فنائه، فالضمان في رقبة العبد، أعلمه أنّه ليس في فنائه أو لم يُعلِمه؛ لأنّه لا غرور بينه وبين العبد؛ لأنّه يتلف ماله في الوجهين جميعًا، [وفي الأجنبيّ](٣) يحتاج إلىٰ العلم؛ لأنّ الغرور يثبت، فإذا كان كذلك، فالأمر لم يتعلّق به حكمٌ، فصار العبد هو الجاني، فالجناية في رقبته(٤).

٢٥٨٢ - [فَصْل: في موت أُجرَاء مختلفين أثناء حفر البئر]

وإذا استأجر الرجل أجيرًا حرًّا(٥) وعبدًا(٦) محجورًا عليه ومُكاتَبًا، يحفرون

---

(١) انظر: الأصل ٧/٣٦، ٣٧.

(٢) في ب (الأمر).

(٣) في أ (وفي الأخرىٰ)، والمثبت من ب، ل وهو المناسب في السياق.

(٤) انظر: الأصل ٧/٣٨.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٦) في ل (أوعبداً).

له بئرًا، فوقعت البئر عليهم، فماتوا، فلا ضمان على المستأجر في الحرّ، ولا في المكاتب، ويضمن قيمة العبد لمولاه؛ لأنّ استئجار الحرّ والمُكاتب ليس بجنايةٍ، واستئجار العبد جنايةٌ؛ لأنّه استعمل عبد غيره بغير إذنه، فصار غاصبًا.

فإذا دفع القيمة إلى المولى، دفع المولى القيمة إلى ورثة الحرّ، وإلى ورثة المُكاتب؛ لأنّ القيمة قامت مقام العبد، فإذا دفع [المولى] القيمة، ضرب ورثة الحرّ بثلث الدية، وورثة المكاتب بثلث قيمة المُكاتب؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما هلك بثلاث جنايات: بجناية نفسه، وجناية صاحبيه، فكأنّ العبد استهلك ثلث الحرّ وثلث المُكاتب، فتُقسّم القيمة على ذلك، ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمةٍ أخرى، فيسلم له؛ لأنّ المستأجر غصب عبدًا فارغًا، فردّ رقبته[1] مشغولةً، فإذا استُحقَّت بسبب كان في يده، رجع عليه بها، وصار كأنّ العبد للمستأجِر؛ لأنّه غرم قيمته، وللمستأجِر أن يرجع على عاقلة الحرّ بثلث قيمة العبد، وأولياء المُكاتَب يأخذون أيضًا من عاقلة [الحرّ] بثلث قيمة المكاتب، ثم يؤخذ من تركة المُكاتَب مقدار قيمته، [٣٤٤/أ] فيكون بين ورثة الحرّ والمستأجِر، يضربُ فيها ورثةُ الحرّ بثلثِ الدية، والمستأجِر بثلث القيمة؛ لأنّ المُكاتبَ قد استهلك ثلث كلّ واحدٍ منهما[2].



(١) في ب (قيمته).

(٢) انظر: الأصل ٣٩/٧.




بَابُ
الحائطِ يميلُ على الطريقِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا مال حائطٌ من دار رجلٍ علىٰ طريقٍ نافذٍ، أو دار رجلٍ ولم يطالِب بنقضه، ولم يُشهِد عليه [فيه] حتّىٰ سقط علىٰ رجلٍ، فقتله، أو علىٰ متاعٍ فأفسده، أو علىٰ حيوانٍ فعطب به، فلا ضمان علىٰ صاحب الحائط في شيءٍ من ذلك(١).

وهذا علىٰ وجهين: إن بنىٰ الحائط مائلاً إلىٰ ملك غيره أو إلىٰ الطريق، فهو ضامنٌ لما عطب بسقوطه وإن لم يُطالب؛ لأنّه تعدىٰ بالبناء في حقّ غيره، ألا ترىٰ أنّ هواء البقعة في حكمها، ولو بنىٰ في ملك غيره كان متعدِّيًا، فكذلك إذا بنىٰ في هواء ملك غيره، وهواء طريق المسلمين كطريقهم، فكما لا يجوز البناء في الطريق، كذلك لا يجوز في هوائه، وإذا ثبت أنّه متعدٍّ، ضمن ما يتولّد منه.

(فأمّا إذا بناه في حقّه، فمال الحائط، فقد حصل الهواء في يده بغير فعله، فلا يضمن ما يتولّد منه)(٢)، كحَجَر ألقته الريح في داره أو ثوب.

٢٥٨٣ - [فَصْل: ضمان صاحب الحائط إذا لم يهدم بعد الإشهاد عليه]

قال: وإن تُقُدّم إليه في هدمه، وأُشهِد عليه، ثم سقط في مدّةٍ قد أمكنه نقضهُ فيها بعد الإشهاد، فهو ضامنٌ؛ وذلك لأنّ حائطه في يده، فإذا [مال](٣)، فقد

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٥٧.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) في أ (مات)، والمثبت من ب، ل وهو المناسب في تصوير المسألة

حصل حقّ غيره ـ وهو الهواء ـ في يده بغير فعله، فإذا طولب بإزالة اليد، فلم يفعل مع الإمكان، ضمن، كثوبٍ ألقته الريح في دار إنسانٍ، فطولب به، فامتنع من ردّه مع القدرة.

وقد روي عن الشعبيّ، وشريحٍ، وإبراهيم، وغيرهم من التابعين أنّهم قالوا: «إذا تقدّم إليه في الحائط فلم يهدم، وجب عليه الضمان»[1]، والمُعتَبر عندنا المطالبة بالهدم، وإنما يُحتَاج إلىٰ الإشهاد؛ ليثبت به المطالبة.

وهذا كما نقول في الشفعة: إنّ المعتبر به المطالبة، وإنما يُشهِد ليُثبِت[2] المطالبة بالشهادة، ولو اعترف صاحبُ الحائط أنّه طولب وجب عليه الضمان وإن لم يشهد عليه[3][4].

٢٥٨٤ - [فَصل: موت إنسان بسقوط حائط أثناء بحث صاحبه من يهدمه]

قال: وإن كان لم يفرّط في نقضه، وذهب يطلب من يهدمه، فكان في طلب ذلك حتّىٰ استأجر من يهدمه، فسقط الحائط فقتل إنساناً، أو عقر دابّةً، أو أفسد متاعًا، فلا ضمان عليه؛ لأنّه لم يتمكن من إزالة يده فلم يضمن ما يتولّد، كالثوب إذا ألقته الريح، فطولب به، وهو لا يقدر علىٰ ردّه، لم يضمنه إذا هلك.

قال محمدٌ: والإشهاد أن يقول الرجل: اشهدوا أنّي قد تقدّمت إلىٰ هذا الرجل في هدم حائطه هذا، فإذا فعل، فقد لزمه نقضه علىٰ حال الإمكان؛ وذلك

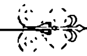
---

(١) رواه عنهم جميعاً عبد الرزاق (١٠/٧٠ ـ ٧١)؛ وابن أبي شيبة (٥/٤٢٤).

(٢) في ل (وإنما يثبت المطالبة بالشهادة).

(٣) في ب (والمعتبر عندنا، وإن لم يشهد عليه)، وزيادة (المعتبر عندنا) لا تناسب السياق.

(٤) انظر: الأصل ٧/٢٧.

لما بيّنا أنّ المعتبر المطالبة، والإشهاد يُحتَاج إليه لثبوتها، فإذا أشهد علىٰ المطالبة، حصل الغرض المقصود.

٢٥٨٥ - [**فَصْل**: فيما تتحمله العاقلة من الجناية وما لا تتحمله]

قال: فإن كانت جنايته علىٰ إنسانٍ، فهو علىٰ العاقلة إذا كانت نفسًا أو ما دونها، إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر ديته، وفي المرأة عشر ديتها.

وما كان أقلّ من ذلك، فهو في ماله، وهذا علىٰ ما قدّمنا: أنّ العاقلة تتحمّل مقدار أَرْش الجنين فصاعداً، ولا تتحمّل ما دون ذلك.

٢٥٨٦ - [**فَصْل**: الضمان بالجناية في غير بني آدم]

قال: وما كان في غير بني آدم، فهو في ماله؛ لأنّ ضمان الأموال لا تتحمّله العاقلة، وإنّما تحمّلت جناية الحائط؛ لأنّها دون الخطأ، فهو أولىٰ بالتحمّل.

٢٥٨٧ - [**فَصْل**: الإشهاد حق لجميع أهل الدار بالإزالة]

قال: ومن أشهد عليه من الناس ـ إذا كان المَيَلان إلىٰ الطريق ـ ممّن له المرور في الطريق، فذلك إشهادٌ، وتقدّم أهل الذمة وأهل الإسلام في ذلك سواء؛ لأنّ الطريق حقٌّ لجميع أهل الدار، فمن طالب بإزالة الأذىٰ عنه، فقد طالب لما له فيه حقٌّ، فصحّت مطالبته، والذميّ له حقٌّ في الطريق، فمطالبته كمطالبة المسلم.

٢٥٨٨ - [**فَصْل**: الإشهاد إذا كان الميلان إلىٰ دار رجل]

قال: وإن كان الميلان إلىٰ دار رجلٍ، فالإشهاد إلىٰ صاحب الدار؛ لأنّ

ذلك حقٌّ يختصّ به، فالمطالبة به إليه.

وإن كان فيها ساكنٌ، فالإشهاد إلىٰ السُّكان؛ لأنّ [الساكن][1] له حقٌّ في المطالبة بإزالة ما شغل الدار، فكذلك يطالب بما يشغل الهواء.

٢٥٨٩ - [فَصْل: تعلق الضمان بالتفريط في النقض]

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإنما يحتاج إلىٰ الإشهاد في هذا تحرّزًا من الجحود، وإلا فإذا تقدّم إليه في نقضه، فطولب، فلم يفعل حتّىٰ سقط الحائط، لزمه ما جنىٰ عليه فيما بينه وبين الله ﷻ، وهذا علىٰ ما بيّنا أنّ الضمان يتعلّق بالتفريط [في النقض] بعد المطالبة، والإشهاد تثبت به المطالبة.

٢٥٩٠ - [فَصْل[2]: إباء أو تأجيل صاحب الدار في الهدم]

قال: وإذا مال إلىٰ الطريق وأشهد رجلٌ عليه، ثم استأجل الذي أشهد عليه أن يؤخّره، أو استأجل الحاكم، فأجّله، فالتأجيل باطلٌ لا يُبرِئ من شيءٍ.

وإن كان الميلان إلىٰ دار رجلٍ، فأجّله صاحبُ الدار أو أبرأه منه، أو فعل ذلك ساكن الدار، فذلك جائزٌ، ولا ضمان عليه فيما جنىٰ الحائط.

والفرق بينهما: أنّ الحائط إذا مال إلىٰ الطريق، فالحقّ لجماعة المسلمين، فإذا طالب أحدهم، تعلّق الضمان بالحائط لحقّ الجماعة، فإذا أجّله أحدهم أو أجّله الحاكم، فقد أسقط حقّ نفسه وحق غيره، وذلك لا يجوز.

وأمّا صاحبُ الدار فالحقّ له، وكذلك الساكن، فإذا أجّل أو أبرأ فقد أسقط

(١) في أ، ب (المستأجر) والمثبت من ل.
(٢) في ل وردت المسألة بعد الفصل الآتي، متأخرة بفصل.

حقّ نفسه؛ فلذلك جاز[1].

٢٥٩١ ـ [فَصْل: الضمان في حال سقوط الحائط إلى الطريق]

[قال أبو يوسف: إذا سقط الحائط إلى الطريق، وقد أُشهد على صاحبه، فعثر به إنسانٌ فعطب، فلا ضمان فيه.

وقال محمدٌ: صاحب الحائط ضامنٌ.

وجه قول أبي يوسف: أنّ الحائط زال عن الموضع الذي أُشهد فيه، وصار في موضعٍ آخر بغير فعل صاحبه، فيحتاج إلى مطالبةٍ أخرى، كما قالوا فيمن وضع حجراً في الطريق، فدحرجته الريح إلى مكانٍ آخر.

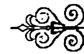
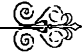
وجه قول محمدٍ: أنّه حصل في الطريق بسببٍ هو متعدٍّ فيه، فضمن ما يتولّد منه، كحافر البئر].

٢٥٩٢ ـ [فَصْل: إبراء صاحب الدار للمحدث حدثا في داره]

قال: وكذلك لو أنّ رجلاً وضع في دار رجلٍ حجرًا، أو حفر فيها بئرًا، أو بنى فيها بناءً، وأبرأه صاحب الدار منه، كان بريئًا، ولا يلزمه ما عطب بشيءٍ من ذلك، كان صاحب الدار، أو داخل دخل عليه، فكأنّ صاحب الدار فعل ذلك؛ لأنّ الضمان إنّما يجب لحقّ صاحب الدار، (فإذا أبرأه، فقد أسقط حقّه، فكأنّ الفعل وقع بإذنه.



(١) انظر: الأصل ٧/٢٧، ٢٨.

٢٥٩٣ـ [فَصْـل: بيع الدار وسقوط الحائط المائل في يد المشتري]

قال: ولو باع صاحبُ الدارِ الدارَ)[١] التي فيها الحائط المائل بعد التقدّم إليه والإشهاد، فسقط الحائط بعدما قبضه المشتري، أو بعدما ملكه، لم يضمن ما جنى [عليه] الحائط؛ وذلك لأنّه لمّا باع، فقد صار بحالٍ لا يملك فيها النقض، والضمان يجب عليه بترك النقض، فإذا لم يتمكّن منه لم يضمن.

وليس هذا كمن أشرع جَناحًا إلى الطريق، ثم باع الدار أو الجَناح، فوقع على إنسانٍ، ضمن البائع؛ لأنّ نفس الموضع جنايةٌ، فزوال ملكه عنه لا يغيّر حاله.

وليس كذلك في (مسألتنا[٢]؛ لأنّ بناء الحائط لم يكن جنايةً، وإنما الجناية بترك النقض، فإذا صار لا يملك)[٣] النقض في حال الوقوع، خرج فعله من أن يكون جنايةً. [٣٤٤/ب]

٢٥٩٤ـ [فَصْـل: الضمان فيما إذا أشهد ممن لا يجوز له نقضه]

قال: وكذلك [كلّ] من أشهد عليه ممَّن لا يجوز له نقضه، فإنّه لا يَضمنُ.

وإن كانت الدار في يده مثل المُرتهن أو المستأجِر أو [المستعير[٤] أو] المودَع، فإنّ هذا باطلٌ لا يلزمه شيءٌ؛ لأنّهم لا يملكون النقض، فلا يصحّ مطالبتهم به.

فإن أشهد على المالك، صحّ؛ وذلك[٥] لأنّه يقدر على قضاء الدين، وهدم

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ل (النقض).
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٤) الزيادة من ل.
(٥) في ب، ل (صحّ ذلك).

الحائط فصار مفرّطًا بالترك[١].

٢٥٩٥ - [فَصْـل: الإشهاد في هدم حائط الصغير]

قال: وإذا أُشهد على الوصيّ أو الأب في هدم حائط الصغير في حجرهما، لزمهما النقض، فإن لم ينقض حتّى سقط الحائط، فما لَحِق من جنايةٍ فهي لازمةٌ للصبيّ ما كان منها يلزم في مال البالغ، فهو في مال الصغير، وما كان على العاقلة فعلى العاقلة؛ وذلك لأنّ الوليّ يملك نقض الحائط، فصار الإشهاد عليه كالإشهاد على المالك.

٢٥٩٦ - [فَصْـل: الضمان في نقص الحائط على أحد الشركاء دون سائر شركائه]

قال: وإن كانت الدار بين الورثة، فأشهد على بعضهم، ولم يشهد على جماعتهم، فسقط الحائط، فلا ضمان على من أشهد عليه في القياس.

قال محمدٌ: ولكنَّا نستحسن، فنلزمه بقسط[٢] ما يملك منه.

وجه القياس: أنّ أحد الشركاء لا يملك النقض دون شركائه، فلم يصر مفرّطًا بتركه.

وإنّما استحسنوا؛ لأنّه يقدر أن يخاصم شركاءه ويطالبهم بالنقض، فإذا لم يفعل ذلك صار مفرّطًا.

٢٥٩٧ - [فَصْـل: العقل في حال إنكار العاقلة بملكية الدار لصاحبها]

قال: وإذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار ملكًا لصاحبهم، [فلا عقل عليهم][٣].

---

(١) انظر: التجريد ١١/٥٧٦٩ وما بعدها.

(٢) في ل (فسقط).

(٣) في أ (فأعقل عليهم)، والمثبت من ب.

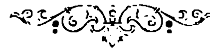
قال محمدٌ: لا تضمن العاقلة حتّىٰ يشهد الشهود علىٰ ثلاثة أشياء: علىٰ [التقدم][1] إليهم في الحائط، وعلىٰ أنّه مات من سقوط الحائط، وعلىٰ أنّ الدار له؛ وذلك لأنّ كون الدار في يده ظاهرٌ في الملك، فالظاهر لا يستَحقّ به حقًا علىٰ الغير، فلم يجب علىٰ العاقلة التحمّل.

ولهذا قلنا: إنّه لا يستحقّ بهذه الدار الشُّفعة حتّىٰ يقيم البيّنة علىٰ الملك.

وفي قول زفر: يجب علىٰ العاقلة بظاهر اليد؛ لأنّها دلالة علىٰ الملك، كما يحكم لصاحب اليد بالشُّفعة.

فأمّا الشهادة علىٰ [التقدم][2] إليه؛ فلأنّ المطالبة هي التي تجعل الفعل جنايةً.

وأمّا موته من السقوط؛ فلأنّ ذلك إذا لم يُعلَم [لم تحصل] الجناية، فلا يجب الضمان[3].



(١) في ل (التقديم).
(٢) في ل (التقديم).
(٣) انظر: الأصل ٧/٢٨، ٣١ ـ ٣٤.

[٤٦] بَابُ
القسامةِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قال ابن سَمَاعة، وبِشر بن الوليد، وعلي بن الجَعْد: سمعنا أبا يوسف قال في القتيل يوجدُ في المَحلَّةِ، أو في دار رجلٍ في المصر، فإنّ أبا حنيفة قال في ذلك: إذا كانت به جراحةٌ، أو أثر ضربٍ، أو أثر[١] خنقٍ، كان هذا قتلاً، وفيه القَسَامة[٢] علىٰ عاقلة ربّ الدار وعلىٰ عاقلة أهل المَحَلَّةِ[٣].

قال أبو الحسن: يعني: علىٰ عاقلة ربّ الدار إذا وُجد في الدار، وعلىٰ عاقلة أهل المَحلَّةِ إذا وُجد في المَحَلَّةِ.

قال أبو يوسف في تمام الحكاية عن أبي حنيفة: يقسم كل رجلٍ منهم: بالله ما قتلت ولا علمت له[٤] قاتلاً، ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين علىٰ أهل الديوان[٥]، في كل سنةٍ الثلث.

وقال مالكٌ: إذا كان هناك لَوْثٌ[٦] استُحلِف الأولياء خمسين يمينًا، واقتصّ

---

(١) (أو أثر) سقطت من ب.

(٢) «القسامة لغة: بمعنىٰ القسم، وهو اليمين.
وشرعًا: اليمين بعدد مخصوص، وسبب مخصوص، علىٰ وجه مخصوص». اللباب ٢/١٨٤.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٦٥ وما بعدها.

(٤) (له) سقطت من ب.

(٥) أهل الديوان: هم الجيش الذين سُجّلت أسماؤهم في الديوان، وهو مجتمع الصحف والكتاب، يُكتب فيه أهل الجيش. انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقىٰ الأبحر لشيخي زاده (٤/٤١١).

(٦) اللوث: البينة الضعيفة غير الكاملة. انظر: المصباح المنير (لوث). =

من المدَّعىٰ عليه، واللوث عنده: أن يكون هناك علامة القتل في واحدٍ بعينه، أو يكون هناك عداوةٌ ظاهرةٌ[(١)].

وقال الشافعي رحمه الله: إذا كان هناك لوثٌ، استُحلِف الأولياء، وقُضِي لهم على المُدّعىٰ عليه بالدية[(٢)].

والأصل في وجوب[(٣)] القَسَامة: حديث سهل بن أبي حَثْمَة قال: وُجِد عبد الله بن سهل قتيلاً في قليبٍ من قُلُب خيبر، فجاء أخوه عبد الرحمن بن سهل إلىٰ رسول الله ﷺ، وعمَّاه حُويصة ومحيصة، فذهبَ عبد الرحمن يتكلّم عند النبي ﷺ، فقال: «**الكُبْرُ، الكُبْرُ**»، فتكلّم أحد عمّيه ـ إما حُوَيِّصَة، وإما مُحَيِّصَة، الكبير منهما ـ، فقال: يا رسول الله، إنّا وجدنا عبد الله قتيلاً في قليبٍ من قُلُب خيبر، وذكر عداوة يهود لهم، قال: «**يبرئكم من يهود بخمسين يحلفون أنّهم لم يقتلوه**»، قالوا: كيف نرضىٰ بأيمانهم وهم مشركون؟ قال: «**فيقسم منكم خمسون أنّهم قتلوه**»، فقالوا: كيف نقسم علىٰ ما لم نره، فوداه رسول الله ﷺ من عنده[(٤)].

وروىٰ الزهري عن سعيدٍ: أنّ القسامة كانت في الجاهلية، فأَقَرَّهَا رسول الله ﷺ في قتيلٍ من الأنصار وُجِد في جُبِّ اليهود، فأرسل رسول الله ﷺ إلىٰ اليهود، فكلّفهم قسامة خمسين، فنكلت اليهود أن تحلف[(٥)]، فقال للأنصار:

= وقال المطرزي: واللوثة أن يكون «هناك علامة القتل في واحد بعينه، أو تكون هناك عداوة ظاهرة». المغرب (لوث).

(١) قال مالك: «أو يأتي ولاة الدم بلوث من بيّنة». الموطأ بعد (١٦٣١) ص٦١٢؛ انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص٣٧٨.

(٢) انظر: الأم ص١١٩٥؛ المنهاج ص٤٩٥.

(٣) في ب، ل (ثبوت).

(٤) رواه البخاري (٦٥٠٢)؛ ومسلم (١٦٦٩).

(٥) في ب (فقالت اليهود: لن نحلف).




«**أفتحلفون**»، فأبت الأنصار أن تحلف، وغرّم رسول الله ﷺ اليهود ديته لأنّه قتل بين أظهرهم(١).

وروىٰ خصيبٌ عن زياد بن أبي مريم قال: جاء رجلٌ إلىٰ النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إنّي وجدت أخي قتيلاً في بني فلانٍ، فقال: «**اجمع منهم خمسين، فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلاً**»، فقال: يا رسول الله، ليس لي من أخي إلا هذا، قال: «**بلىٰ، مائةٌ من الإبل**»(٢).

وقد روىٰ أبو يوسف عن الكلبيّ عن أبي صالح عن ابن عباس أنّه قال: وجد قتيل بخيبر، فقال رسول الله ﷺ: «**أخرجوا من هذا الدم**»، فقالت اليهود: قد كان وجد قتيل في بني إسرائيل علىٰ عهد موسىٰ عليه السلام، فقضىٰ في ذلك، فإن كنت نبيًّا فاقض، فقال لهم: «**تحلفون خمسين يمينًا، ثم تغرمون الدية**»، فقالوا: قضيت بالناموس، يعني: بالوحي(٣).

وقال الشعبيّ: كانت القسامة في الجاهلية، فأوّل من قضىٰ بها في الإسلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه(٤).

---

(١) رواه النسائي (٤٧٠٩) مختصراً؛ ورواه بطوله ابن أبي شيبة (٥/٤٤٠).

(٢) لم أجده في كتب الرواية، وذكره السرخسي في المبسوط (٢٦/١٠٧)؛ والكاساني في البدائع (٧/٢٨٦).

(٣) رواه الدارقطني في السنن، وقال: الكلبيّ متروكٌ. (٤/٢١٩).

(٤) لم أجده بهذه الصيغة، وهو غريبٌ، إلا أن يكون المراد به قضاء عمر بصورةٍ مخصوصةٍ، وهو ما رواه البيهقي في الكبرىٰ (٨/١٢٤): ولفظه عن الشعبي: «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب في قتيل وجد بين خيران ووادعة: أن يقاس ما بين القريتين، فإلىٰ أيّهما كان أقرب أخرج إليه منهم خمسين رجلاً، حتىٰ يوافوه مكة، فأدخلهم الحجر، فأحلفهم، ثم قضىٰ عليهم بالدية». وصحّح؛ ابن حجر إسناده في الفتح (١٢/٢٣٨).

وروي عن الحارث بن الأزمع، قال: قتل فينا قتيلٌ باليمن، بين حيَّيْن، فكتب إلىٰ عمر بن الخطاب أنّه وُجِدَ [قتيلٌ] لا ندري من قتله، فكتب أمير المؤمنين: أَنْ قِسْ بين القريتين، فأيُّهما كان أقرب، فألزمهم، فأتوا عمر، فاستحلف منهم خمسين رجلاً بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً، وكانوا تسعةً وأربعين رجلاً، فأخذ منهم رجلاً [وكرر عليه اليمين] حتّىٰ تمّوا خمسين، فقالوا: نعطي أيماننا وأموالنا؟ قال: نعم، فيم يبطل دمه هذا(١).

وروي أنّ النبي ﷺ كتب إلىٰ يهود: «**إمّا أن [تَدُوا]**(٢)، **أو تأذنوا بحرب من الله**»(٣)، فدلت هذه الأخبار علىٰ وجوب الأيمان علىٰ أهل المَحَلَّة، وعلىٰ وجوب الدية عليهم.

ولأنّ أهل المَحَلَّة تلزمهم نصرة محلّتهم، فإذا فرّطوا في ذلك لزمهم الضمان؛ ولأنّ الظاهر أنّ القاتل منهم، وأنّ الإنسان لا يأتي من مَحَلَّةٍ فيقتل في محَلَّة أخرىٰ [٣٤٥/أ]، والقاتل منهم إنّما يَقتُل بظهرهم، فصاروا(٤) كالعاقلة له.

فأمّا الذي قاله مالكٌ والشافعيّ في استحلاف الأولياء. فهو مخالفٌ(٥) للقرآن؛ لأنّ الله تعالىٰ قال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧]،

---

(١) رواه ابن أبي شيبة من طريق وكيع قال: حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث بن الأزمع (٤٤٢/٥)، قال البيهقي في السنن الكبرىٰ: «قال علي بن المديني عن أبي زيدٍ عن شعبة قال: سمعت أبا إسحاق يحدّث حديث الحارث بن الأزمع: أن قتيلاً وجد بين وادعة وخيران، فقلت: يا أبا إسحاق من حدّثك؟ قال: حدّثني مجالدٌ عن الشعبي عن الحارث بن الأزمع، فعادت رواية أبي إسحاق إلىٰ حديث مجالدٍ، واختُلف فيه علىٰ مجالدٍ في إسناده، ومجالدٌ غير محتجٍّ به. والله أعلم». (١٢٤/٨).

(٢) في أ (أن تذروا)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في الرواية.

(٣) هذا من حديث سهل بن أبي حَثْمة السابق، رواه البخاري (٦٧٦٩)؛ ومسلم (١٦٦٩).

(٤) في ل (فصار كالقاتل له).

(٥) في ل (فهما مخالفان).

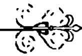
فقال النبي ﷺ: «**لو أعطي الناسُ بدعاويهم، لادّعى ناسٌ دماء ناسٍ وأموالهم، لكنّ البينة على المُدّعي، واليمين على المُدّعَى عليه**»[١].

وقد روى أبو أيوب عن أبي رجاء مولى أبي قِلابة: أنّ عمر بن عبد العزيز استشار الناس في القَسَامة، فأشاروا عليه أن يَقِيد بها، وقالوا: قاد بها رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر والخلفاء بعدهم، وأبو قِلابة ساكتٌ عند السرير أو خلف السرير، فقال عمرُ: ما تقول يا أبا قِلابة، فقال: يا أمير المؤمنين، عندك[٢] رؤساء الأخيار، وأشراف العرب، لو شهد رجلان من أهل حمص على رجلٍ من أهل دمشق أنّه سرق ولم يرياه، أكنت تقطعه؟ قال: لا، قال: يا أمير المؤمنين، عندك رؤساء الأخيار وأشراف العرب، لو شهد أربعةٌ من أهل حمص على رجلٍ من أهل دمشق أنّه زنى، ولم يروه، أكنت ترجمه؟ قال: لا، قال أبو قِلابة: والله ما نعلم رسول الله ﷺ قتل نفسًا بغير نفسٍ، إلا رجلاً كفر بالله بعد إيمانٍ، أو زنى بعد إحصانٍ، أو قتل نفسًا بغير نفسٍ، فحدّث أبو قلابة حديث خيبر: أنّ رسول الله ﷺ وداه من عنده[٣].

ولأنّ يمين المُدّعي معنًى لا يُستَحقّ به المال ابتداءً، فلا يُستَحقّ القِصَاص كنفس الدعوى.

وأما قوله ﷺ للأنصار: «**أتحلفون، وتستحقون دم صاحبكم[٤]؟**»، فعلى

(١) رواه هكذا ابن ماجه (٢٣٢١) من حديث ابن عباسٍ ﷺ؛ ورواه البخاري (٢٣٩٧)؛ ومسلم (١٧١١) مختصراً.
(٢) في ب (عندي).
(٣) رواه البخاري (٦٥٠٣).
(٤) (دم صاحبكم) سقطت من ب.

طريق الإنكار عليهم لمّا قالوا: لا نرضىٰ بأيمان اليهود، بدلالة أنّه لو كان أمراً لقال: «أتحلفون، [وتستحقوا][(١)]»، فلما أتت النون، عُلم أنّه علىٰ طريق استفهامٍ وإنكارٍ، والذي روي: «**تحلفون وتستحقون**» معناه: أتحلفون، كقوله تعالىٰ: ﴿تُرِيدُونَ عَرَضَ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأنفال: ٦٧]، يعني: أتريدون[(٢)].

وإنّما اعتُبِر أن يكون بالقتيل أثرٌ؛ لأنّه إذا لم يكن به أثرٌ، فالظاهر أنّه مات حتف أنفه، وليس بقتيلٍ، فلا يتعلق به ضمانٌ، ولهذا قالوا: إنّ من وُجد والدَّمُ يخرج من فمه، أو أنفه، أو من فرجه، فليس بقتيلٍ؛ لأنّ ذلك يكون برعافٍ، وقيءٍ، وعارضٍ.

فإن كان الدم يخرج من عينيه، أو أذنه، فهو قتيلٌ؛ لأنّ الظاهر أنّ هذا لا يكون إلا بضربٍ[(٣)] حادثٍ.

وإنّما استُحلِفوا: بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً؛ لأنّ إحدىٰ اليمينين علىٰ فعلهم، فكانت علىٰ الثبات، والأخرىٰ علىٰ فعل غيرهم، فكانت علىٰ العلم.

وفائدة قولهم: ولا علمنا له قاتلاً؛ [لأنه][(٤)] لا يجوز أن يكون حتّىٰ إذا عرفوا القاتل ذكروه؛ لأنّ قولهم لا يُقبل عليه، ألا ترىٰ أنّهم يسقطون بذلك

---

(١) في أ (وتستحقون)، والمناسب في التعليل الذي يسوقه حذف النون من تستحقون.

(٢) المقصود بالقتيل في باب القسامة: «القتيل عندنا: كل ميّت وجد به أثر، فإن لم يكن به أثر، فلا قسامة فيه ولا دِيَة، إنما هذا ميت، وقال أبو حنيفة: إن وجد وليس به أثر إلا أن الدم يخرج من أنفه، فليس بقتيل، وإن كان يخرج من أذنه، فهو قتيل، وفيه الدِّيَة والقسامة، وهو قول أبي يوسف ومحمد». الأصل ٥٦٨/٦.

(٣) من ل (بضرر).

(٤) الزيادة من ل.




الضمان عن أنفسهم.

والفائدة فيه: أنّ الحالف يجوز أن يُقِرّ على عبده، فيُقبَل إقراره، أو يُقِرّ على عبد غيره[1] من غير أهل المَحلَّةِ، فيصدّقه المولى فيسقط الحكم عن أهل المَحلَّةِ.

وإنما قال: إنّ العدد إذا لم يكمل كُرّرت الأيمان، لما روي عن عمر ابن الخطاب أنّه وافاه تسعة وأربعون رجلاً، فكرر على أحدهم اليمين حتّى تمت الخمسون، ثم قضى بالدية[2].

وروى محمد بن سيرين عن شريح: أنّ قسامةً كانوا ستةً أو سبعةً، فردّد عليهم الأيمان حتّى حلفوا خمسين يمينًا[3]، وروي عن النخعيّ أنّه قال مثل ذلك[4].

وإنما وجبت الدية على عواقلهم؛ لأنّ وجود القتيل بين أظهرهم دون وجود القتل الخطأ منهم، فإذا كان قتل الخطأ على العاقلة، فهذا أولى.

وأما قوله: إنّه على أهل الديوان، فعندنا: أنّ العقل على أهل الديوان فيمن له ديوانٌ، ومن لا ديوان له، فالعقل على عاقلته من النسب.

وقال الشافعي: لا يلزم أهل الديوان إلا أن يكونوا من النسب[5].

---

(١) في ب (عبد غيره).

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية: رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بنقصٍ، فقال: حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن عبد الله بن يزيد الهذلي عن أبي المليح: «أن عمر بن الخطاب ردّ عليهم الأيمان حتى وفوا» (٤/٣٩٥)؛ وينظر: الدراية لابن حجر (٢/٢٨٦)

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٥/٤٤٥)

(٤) رواه ابن أبي شيبة في الموضع السابق نفسه.

(٥) انظر: الأم ص ١٢١٦.




لنا: ما روي عن النخعيّ أنّه قال: «كانت الدية على القبائل، فلما وضع عمر الدواوين، جعلها على أهل الديوان»(١)، وهذا بحضرة الصحابة من غير خلافٍ.

ولا يقال: كيف يُقبَل فعل عمر بخلاف فعل رسول الله ﷺ؛ لأنّ الصحابة لو علمت أنّه مخالفٌ لفعله لأنكروه، وكيف يكون مخالفًا، ورسول الله ﷺ قضى على العاقلة ولا ديوان، ففهمت الصحابة أنّه قضى عليهم بالنُّصرة، فلما صارت النُّصرة بالديوان، علّقوا الحكم بالمعنى الذي علّقه رسول الله ﷺ؛ ولأنّ العاقلة إنّما تتحمّل النُّصرة، وأهل الديوان يتناصرون [به] ويقاتلون قبائلهم(٢) دفعًا عن ديوانهم.

وقد كان الناس في الجمل وصِفّين يخرج كل قبيلة إلى قبيلتها، فوجب أنّ يُقدّم الديوان لتعلّق النُّصرة به(٣).

٢٥٩٨ - [فَصْل: اختيار الخمسين الذين يحلفون من العاقلة]

قال أبو الحسن: والذين يحلفون خمسون رجلاً، يتخيّرهم من العاقلة وليّ الدم؛ لأنّ الأيمان [حقٌّ] للأولياء، فلهم أن يختاروا؛ ولأنّ في اختيارهم فائدةً: وهو أنّهم يستحلفون من يتهمونه، [أو يستحلفون](٤) صالحي العشيرة الذين لا يحلفون على الكذب، فإن لم يكمل العدد، كُرِّرَت الأيمان عليهم على ما قدّمنا.

فإن كان العدد كاملاً، فأراد الولي أن يكرّر(٥) على بعضهم، فقد روي عن

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٥/٤٠٦).
(٢) في ب (بقتالهم).
(٣) انظر: الأصل ٥٦٥/٦ وما بعدها؛ التجريد ٥٧٨٣/١١ وما بعدها.
(٤) في أ (إنما يستحلفون)، والمثبت من ب، وهو أنسب في العبارة.
(٥) في ل (لا تكون).

محمد أنّه قال: ليس لهم ذلك؛ لأنّ الأيمان في الأصول لا تُكرّر على الواحد، وإنما فعلنا ذلك عند نقصان العدد للضرورة، فإذا تمّ العدد عدنا إلى الأصل.

قال: وليس يحلّف فيهم صبيٌّ ولا امرأةٌ ولا عبدٌ؛ وذلك لأنّ الصبيّ لا يتعلّق بقوله حكمٌ، واليمين قولٌ؛ ولأنّها عقدٌ، وعقوده لا يتعلّق بها حكمٌ، فأمّا المرأة والعبد، فليسا من أهل النُّصرة، والأيمان إنّما تجبُ على من ينصر البقعة.

قال أبو يوسف[١]: فإن كان مشتري الدار من غير أهل المَحَلَّة، وقد وجد فيها القتيل، فإنّ القسامة عليه وعلى عاقلته في ذلك المصر، وكذلك دارٌ بالسواد، أو أرضٌ بالسواد يوجد فيها القتيل، وهي لرجلٍ من المسلمين من القبيلة، أو من [حواليهم][٢]؛ وذلك لأنّ صاحب الدار أخصّ بنصرة [داره][٣] من أهل المَحَلَّة مع أهل المَحَلَّة، وهو مع أهل المَحَلَّة كأهل المَحَلَّة مع أهل المصر، (فكما لا يدخل أهل المصر مع أهل المَحَلَّة، كذلك لا يدخل أهل المَحَلَّة مع صاحب الدار)[٤].

٢٥٩٩ - [فَصْل: القسامة على أهل الخِطة]

قال: وإن كانت المَحَلَّة فيها من قبائل شتّى، فإنّ الدية والقسامة على أهل الخِطّة[٥]، وليس على المشترين في قول أبي حنيفة قسامةٌ ولا ديّةٌ.

---

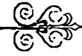
(١) (قال أبو يوسف) سقطت من ب.

(٢) في أ، ب (مواليهم) والثمبت من ل.

(٣) في أ، ب (جاره) والمثبت من ل.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) الخِطّة: ما اختطه الإمام، أي أفرزه وميّزه من أراضي الغنيمة وأعطاه إنساناً، والمراد بأهل الخِطّة: أصحاب الأملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين. انظر: طُلبة=

وقال أبو يوسف: عليهم معهم، وعلى السكان[1] مع أهل الملك.

أمّا أهل الخِطّة والمشترين، فالقَسامة على أهل الخِطّة عند أبي حنيفة ما بقي منهم واحدٌ دون المشترين.

وقال أبو يوسف: القَسامة والدية على أهل الخِطّة والمشترين جميعًا، ولم يذكر أبو الحسن قول محمدٍ، [٣٤٥/ ب] وقد ذكره أصحابنا مع أبي حنيفة.

وجه قولهما: أنّ أهل الخِطّة أخصّ بنصرةِ البقعةِ من المشترين، والحكم يتعلّق بالأخصّ فصارَ المشترين معهم كالأجنبي؛ ولأنّ العقل في الأصل يتعلق بأهل الخِطّة، فما بقي واحدٌ منهم لم ينتقل عنهم كموالي الأب، لمّا لزمهم العقل لم ينتقل إلى موالي الأمّ ما بقي من موالي الأب واحدٌ، كذلك هذا.

ومن أصحابنا من قال: إنّ أبا حنيفة بنى [هذا] على ما شاهد بالكوفة، وكان أهل الخِطّة هم الذين يدبّرون أمر المَحَلّة وينصرونها[2] دون المشترين، فبنى الأمر على ذلك.

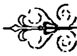
[وجه قول] أبي يوسف: أنّ أهل الخِطّة يلزمهم القسامة بالملك، وهذا المعنى موجودٌ في المشترين؛ ولهذا [المعنى] يلزم المشترين بالاتفاق إذا لم يبق من أهل الخِطّة أحدٌ.

وأمّا إذا فُقِد أهل الخِطّة، وكان في المَحَلّة ملاكٌ وسُكانٌ، فعند أبي حنيفة ومحمدٍ: القَسامة والدية على المُلّاك دون السُّكّان.

= الطَّلبة في الاصطلاحات الفقهية، للنسفي ص (٣٣٢)، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ.

(١) في ل (الساكن).

(٢) في ل (وينصر فيها).

وقال أبو يوسف: عليهم جميعًا.

وجه قولهما: أنّ المُلّاك أحقّ بنصرة البقعة دون السكان، ألا ترىٰ أنّ السكان يكونون في وقتٍ، وينتقلون في وقتٍ، والقَسَامة تجب علىٰ من هو أخصّ بالنُّصرة[1].

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ النبي ﷺ أوجبَ القسامة علىٰ اليهود، وكانوا سكّاناً بخيبر.

والجواب: أنّ اليهود أقرّهم رسول الله ﷺ علىٰ أملاكهم، وكان ما يأخذه منهم علىٰ وجه الخَراج.

٢٦٠٠ ـ [فَصْل: القسامة في أهل الذِّمَّة]

قال: وأمّا أهل الذمة، فهم كالأحرار المسلمين، يُستحلفون في القَسَامة إذا كان القتل في محلتهم؛ لأنّ النبي ﷺ أوجب القَسَامة علىٰ أهل خيبر؛ ولأنّ وجود القتيل في محلّةٍ كمباشرة الواحد منهم القتل، وهذا المعنىٰ موجودٌ في أهل الذّمة والمسلمين[2].

٢٦٠١ ـ [فَصْل: دية القتيل يوجد في السجن]

وقال أبو حنيفة في القتيل يوجد في السجن لا يُعرَف من قتله: [فالدية] علىٰ بيت المال.

وقال أبو يوسف: علىٰ أهل السجن القَسَامة والدية.

(١) في ل (بلا نصرة).

(٢) انظر: الأصل ٦/٥٦٦ وما بعدها.




[وجه قول] أبي حنيفة [1] ومحمد: أنّ أهل السجن مقهورون، فالظاهر أنّه لا نصرة لهم، فلا يتعلّق بهم ما يجبُ لأجل النُّصرة [2]؛ ولأنّ منفعة السجن لجماعة المسلمين؛ بدلالة أنّه وُضِع لاستيفاء حقوقهم، ولدفع الضرر عنهم، (فصاروا أخصّ بنصرته، فكانوا أولىٰ بالقَسَامة فيه) [3].

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الظاهر أنّ القتل حصل من أهل السجن، فوجب أن تكون القسامة عليهم، وهذه المسألة من فروع مسألة المالك والساكن؛ لأنّ أهل السجن في حكم السُّكَّان في البقعة، فلا يلزمهم عند أبي حنيفة ومحمد قَسامةٌ ولا ديةٌ.

٢٦٠٢ ـ [فَصل: القتيل يوجد في السوق]

وقال أبو حنيفة في السوق يوجد فيها القتيل: فعلىٰ أرباب السوق، فإن كان السوق للعامّة، فعلىٰ بيت المال.

أمّا السوق [المملوك] [4]، فعند أبي حنيفة ومحمدٍ: يجب علىٰ مالكها [5]؛ لأنّه أخصّ بنصرتها، وعند أبي يوسف: يجب علىٰ سكانها.

فأمّا إذا لم تكن مملوكةً، فهي كالشوارع العامّة التي يثبت فيها حقّ جماعة المسلمين، فما يوجد فيها يكون علىٰ بيت المال.

---

(١) (أبي حنيفة) سقطت من ب.
(٢) في ب (ما يجب بالنصرة).
(٣) في ل (فصار كالشارع) فقط.
(٤) الزيادة من ب فقط.
(٥) في ل (علىٰ ملاكها لأنهم أخصّ).




٢٦٠٣ـ [فَصْل: دية القتيل يوجد في مسجد الجامع]

قال: ولو وُجِد في مسجد الجامع، كان على بيت المال، وكذلك الجسور العامة؛ وذلك لأنّ الجامع والجسر لا يختصّ به طائفةٌ من المسلمين، بل يتعلّق به حقّ جماعتهم، فما يجبُ لأجله يكون في بيت المال.

وليس هذا كمساجد القبائل إذا وُجد فيها قتيلٌ كان على أهل القبيلة؛ لأنّهم أخصّ بنُصْرة المسجد والتصرف فيه من غيرهم، فصار وجود القتيل فيه كوجوده في محلّتهم [١].

٢٦٠٤ـ [فَصْل: القتيل وجد في سفينة]

وإن وجد قتيلٌ في سفينةٍ، فعلى أرباب السفينة، فإن كان فيها ركّابٌ مع أربابهم، فعليهم جميعًا، وهذا ظاهرٌ على قول أبي يوسف في إيجاب القَسَامة والدية على المُلّاك والسكان جميعًا [٢].

وأمّا على أصل أبي حنيفة ومحمدٍ، ففرّقا [٣] بين هذا وبين المَحَلّة؛ لأنّ السفينة [تتعلق] مّما تنتقل وتتحوّل، فيعتبر فيها اليد دون الملك، كالدابّة إذا وجد عليها قتيلٌ.

قال: وقال أبو حنيفة: إن كان السوق في ملك رجلٍ، فعلى عاقلة صاحب الملك، وإن كان للسلطان فعلى بيت المال؛ وذلك لأنّ المالك للسوق أخصّ بنصرته، فيلزمه ما تعلّق به.

---

(١) انظر: مختصر القدوري ص٤٦١، ٤٦٢.

(٢) انظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) في ل (فتفرقا).

فأمّا سوق السلطان ، فهي للمسلمين ، فما يتعلّق بها عليهم ، وما وجب على جماعة المسلمين استُوفي في بيت المال .

٢٦٠٥ ـ [فَصل: القتيل وجد في نهر جار صغير]

(قال: وإذا وجد القتيل في نهرٍ جارٍ صغيرٍ خاصٍّ مما يُقضىٰ فيه بالشُّفْعة للشريك ، فعلىٰ عاقلة أرباب النهر ؛ وذلك لأنّ هذا النهر مملوكٌ لهم ، فهم أخصُّ به من غيرهم ، فيتعلّق بهم ما يوجد فيه ، كالدار المملوكة والسوق المملوكة)[١] .

٢٦٠٦ ـ [فَصل: الرجل يُجْرح في القبيلة فيُحْمل إلىٰ أهله فيموت]

قال أبو حنيفة[٢] في الرجل [يُجرح في القبيلة][٣] ، فيحمل إلىٰ أهله فيموت من تلك الجراحة: فإن كان صاحب فراشٍ حتّىٰ مات ، فعلىٰ عاقلة القبيلة القَسَامة ، وإن لم يكن صاحب فراش ، فلا ضمان فيه ولا قَسَامة .

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا قَسَامة فيه ولا ضمان في الوجهين ، وبه قال أبو يوسف .

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الجراحة إذا أدّت إلىٰ الموت ، فكأنّ القتل حصل عقيبها ؛ بدلالة وجوب القِصَاص علىٰ الجارح ، فصار في مسألتنا كأنّ [الموت][٤] حصل في المَحَلّة التي جرح فيها ، فيلزم أهلها القَسَامة والدية .

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ الذي حصل في المَحَلّة ما دون النفس ، وذلك

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٢) في ب (قال أبو الحسن) .

(٣) في أ (يخرج من القبيلة) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في السياق ، وينظر الهداية للمرغيناني (٤/٢٢٣) ، المكتب الإسلامي .

(٤) في أ (الثوب) ، والعبارة لا تحتمله ، والمثبت من ب ، ل .




لا يثبت به قَسَامةٌ، كمن قطعت يده[1] في مَحَلّةٍ.

وأمّا إذا لم يكن صاحب فراشٍ، فلا يُعلَم أنّ الموت حصل من الجراحة، فلا يلزم أهل المَحَلّة حكمها.

٢٦٠٧ - [فَصْل: القتيل وجد في درب من دروب الأرض]

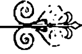
قال: وإذا وُجِد قتيلٌ في دربٍ من دروب[2] الأَرْباض[3]، فإن كان في دربٍ يجمعهم مصلىٰ فعليهم جميعًا، وإن كان في دربٍ يجمعهم مصليان أو ثلاثةٌ، فهو علىٰ جميع أهل الدروب[4]، وعلىٰ جميع الرَّبَض[5] الذي ذلك الدرب فيه، الرَّبَض بمنزلة القبيلة، والدرب بمنزلة الطريق من طرق القبائل، (وكذلك هذه الأَرْباض: هي المَحَالّ، وهي القبائل)[6]؛ وذلك لأنّ أهل الدرب إذا جمعهم مسجدٌ واحدٌ، فهم أخصّ بذلك الدرب من أهل المَحَلَّة [٣٤٦/أ]، فكانوا أولىٰ بالقسامة، كصاحب الدار وأهل المَحَلّة.

وأمّا إذا كان فيه مصليان أو ثلاثةٌ، فليس بعضهم أخصّ به من بعضٍ، فصاروا وأهل المَحَلّة الذين لا ينفردون به سواءً، فكانت القسامة عليهم جميعًا.

٢٦٠٨ - [فَصْل: القتيل وجد في دار مفرغة مغلقة في يد رجل]

قال بِشْرٌ عن أبي يوسف: إذا كانت الدار مُفَرَّغةً مغلقةً في يد رجلٍ، فوُجِد

(١) (يده) سقطت من ب.
(٢) في ب (في دورٍ من دورٍ).
(٣) في ل (الرباط)، ورَبَض المدينة، بفتحتين: ما حولها. مختار الصحاح (ربض).
(٤) في ب، ل (الدرب).
(٥) «الربض: ما حول المدينة من بيوت ومساكن، ويقال لحرم المسجد: ربض أيضًا». المغرب (ربض).
(٦) ما بين القوسين ساقط من ل.

قتيلٌ فيها، فعلىٰ عاقلة ربِّ الدار القَسَامة والدية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأنّ نصرة الدار تجب علىٰ من هي في يده، فسواءٌ سكنها أو لم يسكنها، وهذا ظاهرٌ علىٰ أصل أبي حنيفة؛ لأنّه يوجب علىٰ المالك دون الساكن، والسكنىٰ لا يُعتبر بها.

فأمّا أبو يوسف: فإنما يوجب علىٰ الساكن؛ لأنّه أخصّ باليد، فأمّا إذا لم يكن، فصاحب الدار أخصّ باليد.

وذكر عمرو بن أبي عمروٍ عن محمدٍ: قال أبو حنيفة: في القتيل إذا وجد في المَحَلّة مثل ما تقدّم، وزاد فيه: أنّ الدية عليهم في أعطياتهم في ثلاث سنين، في أعطيات المقاتلة دونَ أعطيات [الذرِّيّة](١).

فإن لم يكونوا أهل عطاءٍ، وكانت لهم أرزاقٌ، جعلت الدية في أرزاقهم، وهذا علىٰ ما قدّمنا: أنّ الدية تجب علىٰ أهل الديوان.

وأمّا [الذريّة](٢) فلا يدخلون في العَقْل؛ لأنّهم لا نصرة لهم، فلا يؤخذ من أعطياتهم شيءٌ.

وإن كانوا من أهل الرزق، أخذ من أرزاقهم، والفرْق بين العطيّة والرزق: أنّ العطيّة: هي المفروض للمقاتلة، والرزق: هو الذي يُجعَل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلةً(٣).

---

(١) في أ (الذمة)، والمثبت من ب.

(٢) في أ (أهل الذمة)، والمثبت من ب، ل، وهو المناسب في السياق؛ لأنّه ذكر الأعطيات، وهي لا تكون لأهل الذمة؛ إذ أنّه فسرها بعدُ بما يعطىٰ للمقاتلة.

(٣) انظر: الأصل ٦/٥٦٨ ـ ٥٧٢.

٢٦٠٩ - [فَصْـل: أخذ الدية من الديوان]

قال: وإن كانت دواوينهم علىٰ غير القبائل، فعلىٰ القيادات والرايات؛ وذلك لأنّ الديوان إذا كان علىٰ القبائل، فقد اجتمع في العَقْل القبيلة والديوان، فتؤخذ الدية من ديوانهم بإجماع.

وأمّا إذا لم يكن الديوان علىٰ القبائل، فالمعتبر عندنا الديوان، فاعتُبِر من يجمعهم رايةٌ واحدةٌ، وقائدٌ واحدٌ، أو عِرَافةٌ(١) واحدةٌ؛ لأنّهم يتناصرون بها.

٢٦١٠ - [فَصْـل: الامتناع عن الأيمان في القسامة]

قال محمدٌ: ومن أبىٰ منهم أن يحلف، حُبِس؛ وذلك لأنّ اليمين في القَسَامة نفس الحقّ، ألا ترىٰ أنّه يُجمَع بينها وبين الدية، ولهذا قال الحارث بن الأزمع لعمر بن الخطاب: أنبذل أيماننا وأموالنا؟ أما يجزئ هذه عن هذه؟ قال: لا، وروي أنّه قال: «فيم يبطل دم صاحبكم»(٢).

وإذا كانت اليمين نفس الحق، فمن امتنع عن الحقّ، وهو يقدر على أدائه، حُبِسَ.

وليس كذلك النكول(٣) في سائر [الأموال](٤)؛ لأنّ اليمينَ ليست هناك نفس الحقّ، ألا ترىٰ أنّ المدّعىٰ عليه إذا لم يَحلف ولم يُقرّ وبذل المال، لم يلزمه

---

(١) العِرَافة، بالكسر: تدبير الأمور، وأنا عريفٌ: أي مدبّرٌ أمر القوم وقائمٌ بسياستهم. انظر: المصباح المنير (عرف).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في ب (وليس هذا كالنكول).

(٤) وفي أ (الأيمان) والمثبت من ب، وهو المناسب للسياق.

شيءٌ، فعلمت أنّ المال هو الحقّ المُدّعىٰ، فإذا نكل استوفي المال، ولا معنىٰ للحبس بما ليس بحقٍّ.

قال: ولا يُقْسِم صبيٌّ، ولا امرأةٌ، ولا عبدٌ، ولا مُدبّرٌ، ولا مُكَاتَبٌ، وهذا قد بيّناه، وذكرنا: أنّ اليمين قولٌ، والصبيّ لا قول له، والمرأة ليست من أهل النُّصرة، والعبد والمُكَاتَب والمُدَبَّر، لا يُستنصَر بهم.

٢٦١١ - [فَصْل: الاستحلاف في القسامة من أهل النصرة]

قال: ويقسم الأعمى والمحدود في القذف [والكافر؛ وذلك لأنّ الأعمى والمحدود في القذف] يُستحلفان في الحقوق، ويحصل بهما النُّصرة، فهما كغيرهما.

٢٦١٢ - [فَصْل: وجود القتيل في السوق العام أو المسجد]

قال: وإذا وُجِد القتيل في سوق المسلمين، أو في مسجد جماعتهم، فالدية علىٰ بيت المال ولا قسامة؛ وذلك لأنّ القسامة إنّما تجب علىٰ من يختصّ بالنُّصرة، وليس لهذه البقاع من يختصّ بنصرتها؛ ولأنّ اليمين للتهمة، وذلك لا يوجد في جماعة المسلمين[(١)].

فأمّا الدية؛ فإنّما تجب لأنّ حماية[(٢)] تلك البقعة تلزم المسلمين، فإذا فرّطوا فيها ضمنوا.

٢٦١٣ - [فَصْل: الدية المؤجلة]

قال: وتؤخذ من بيت المال في ثلاث سنين؛ لأنّ من حكم الدية أن تجب

(١) انظر: مختصر القدوري ص ٤٦١.
(٢) في ل (جناية).

مؤجّلةً، بدلالة العاقلة، فإذا أُخذَت من غيرهم كانت مؤجّلةً؛ بدلالة أنّ ما يؤخذ من مال المُقِرّ [بقتل][1] الخطأ، إنّما تؤخذ في ثلاث سنين.

٢٦١٤ - [فَصْل: وجود القتيل في سوق خاص]

وإن كانت السوق[2] لرجلٍ خاصة، فالدية والقَسَامة عليه وعلىٰ قومه؛ وذلك لأنّه أخصّ بالنُّصرة من المسلمين، فكان أولىٰ بالقَسَامة.

قال محمدٌ: وإذا وجد القتيل في فلاةٍ من الأرض، نُظِر في ذلك المكان، فإن كان مِلْكًا لإنسان، فالقَسَامة علىٰ ذلك الرجل الذي يملك الموضع وعلىٰ قبيلته، وعليهم الدية.

وإن كان ذلك الموضع لا مالك له، فإن كان موضعًا يُسمع فيه الصوت من مصرٍ من الأمصار، فعلىٰ أقرب القبائل إلىٰ ذلك الموضع من المصر القَسَامة والدية، فإن كان ذلك الموضع لا يُسمَع فيه الصوت، وليس بملكٍ لأحدٍ، فدمه هدرٌ.

وذلك لأنّ البقعة إذا كانت مملوكةً، فمالكها أخصُّ بها، فكان أولىٰ[3] بالقَسَامة والدية، وإذا لم تكن مملوكةً، وكان الصوت يبلغ إليها من بعض القرىٰ، فعلىٰ أقرب القرىٰ إليها، فإن كان من مصرٍ، فعلىٰ أقرب محالّ المصر؛ لما روي في قصة الحارث بن الأزمع: «أنّ قتيلاً وجد بين وداعة [وخيران][4]، فكتب إلىٰ عمر عاملُه بذلك، فكتب إليه بأن يقيس بين القريتين، فوجد القتيل إلىٰ وداعة

---

(١) في أ، ب (بجناية) والمثبت من ل.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ل (أخص).

(٤) في الأصول (وارحب) والمثبت من الرواية السابقة المخرجة.

أقرب، فقضىٰ عليهم بالقسامة والدية»[1]، ولأنّ ما يبلغه الصوت من المصر في حكم التابع له.

وأمّا إذا كان لا يبلغه الصوت، وليس بمملوكٍ، لم يكن أحدٌ من الناس أخصّ به، فلم يتعلّق به[2] حكمٌ؛ ولأنّه لا يد لأحدٍ علىٰ هذه البقعة.

وذكر محمدٌ في الأصل[3]: في القتيل إذا وُجد بين القريتين، أنّهُ يقاس[4] إلىٰ أقربهما[5]؛ لحديث أبي سعيدٍ الخدريّ: «أنّ النبي ﷺ أمر بأن يُذرع بين قريتين في قتيلٍ وُجد بينهما»[6]، وأَمَر عمر بأن يُقاس ما بين وداعة والقرية الأخرىٰ، وهذا محمولٌ عندنا[7] علىٰ أنّه يبلغ الصوت إلىٰ الموضع[8].

[ولم] يذكر [ذلك] محمدٌ في الأصل: وإنّما حكاه أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ عنه، وذكره هلال. وهو الصحيح؛ لأنّ الصوت إذا بلغ، فالغوث يلحق تلك البقعة من القرية، وإذا لم يبلغ الصوت، لم يلحق الغوث، فلا يلزمه شيءٌ.

٢٦١٥ - [فَصْل: وجود القتيل في مثل الفرات أو دجلة ونحوهما]

قال: وإن وجد في مثل الفرات أو دجلة يجري به الماء، فلا قَسامة فيه ولا

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في ل (أحق به حكم).
(٣) في ب (وقد ذكر في الأصل).
(٤) في ب (أنه لا يقاس).
(٥) الأصل ٥٦٦/٦.
(٦) رواه أحمد (١١٣٥٩)، قال ابن حجر في التلخيص الحبير: «قال البيهقي: تفرّد به أبو إسرائيل عن عطية، ولا يحتج بهما، وقال العقيليّ: هذا الحديث ليس له أصلٌ» (٣٩/٤).
(٧) في ب (وهذا عنده).
(٨) الأصل ٥٦٦/٦.

دية علىٰ أحدٍ ؛ وذلك لأنّ تلك البقعة لا تثبت عليها اليد ، فلا تجب فيها قَسامةٌ .

٢٦١٦ ـ [فَصْل: القسامة فيمن وجد في الفرات محتبسًا]

قال: فإن وُجد محتبسًا في موضعٍ من دجلة أو الفرات ، فعلىٰ أقرب القرىٰ من ذلك الموضع ـ من حيث يسمع الصوت ـ القَسَامةُ والدية ؛ وذلك لأنّ شطّ الفرات في يد من يقرب(١) إليه ، ألا ترىٰ أنّهم يستقون منه الماء ، ويوردون بهائمهم ، فصار في أيديهم ، فوجبت القَسَامة عليهم .

٢٦١٧ ـ [فَصْل: وجود القتيل في فلاة من الأرض]

وقال: في القتيل يوجد في العسكر في فلاةٍ من الأرض ليس بملك أحدٍ ، أنّه [إن] وُجد في خيامٍ أو فُسطَاط [أو خِباءٍ] ، فعلىٰ من يسكن [الخباء] والفسطاط الدية والقَسَامة علىٰ عواقلهم .

وإن وُجد خارجًا من الفسطاط والخِباء ، فعلىٰ أقرب الأخبية [٣٤٦/ب] منهم القَسَامة والدية .

وإن كان القوم قد لقوا [عدوّاً](٢) فقاتلوا ، فلا دية ولا قَسامة في قتيلٍ وُجد بين أظهرهم ، وكذلك روىٰ بِشرٌ عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنّه لا قَسامة فيه إذا لقوا العدو ولا دية ، وإن لم يلقوا عدوًا ، فعلىٰ أرباب الأرض التي فيها العسكر .

فإن لم يكن لها مالكٌ ، فعلىٰ عاقلة أقرب الأخبية والفساطيط ؛ وذلك لأنّهم إذا لقوا عدوًا ، فالظاهر أنّ العدو قتله ، وأنّ المسلمين لا يقتل بعضهم

(١) في ل (فيمن يقرب منه) .
(٢) في أ ، ب (قتلاً) والمثبت من ل .

بعضًا، فكان هدرًا.

وأمّا إذا لم يلقوا عدوًا، فإن كان في خيمةٍ، فصاحب الخيمة أحقّ بها[١] من أهل العسكر، فصارَ كالقتيل يوجد في الدار: أنّ القَسَامة علىٰ صاحبها دون المَحَلَّة.

فإن كان بين الخيم، فعلىٰ جماعتهم، كالقتيل يوجد في المَحَلَّة.

فإن كان للأرض مالكٌ، فالعسكر كالسكان[٢]، فتجب القَسَامة عند أبي حنيفة علىٰ المالك دون الساكن[٣].

٢٦١٨ - [فَصْل: وجود القتيل في سفينة]

قال محمدٌ: إذا وجد القتيل في سفينةٍ، فالدية والقَسَامة علىٰ من في السفينة، وعلىٰ من يمدّها ممن يملكها، ومَنْ لا يملكها إذا كان فيها أو كان يمدّها، فعليهم القَسَامة [والدية].

وكذلك العجلة والدابّة، وقد بيّنا ذلك، وذكرنا: أنّها تنقل وتحول، ففارقت الدار[٤].

٢٦١٩ - [فَصْل: وجود القتيل علىٰ دابة ولها قائد]

قال: وإذا كان القتيل مع رجلٍ يحمله، أو كان علىٰ دابةٍ ولها قائدٌ، أو سائقٌ، أو راكبٌ، فعلىٰ أيّهم كان القَسَامة والدية.

(١) في ب (أخص بها).
(٢) في ل (كالساكن فيها).
(٣) انظر: الأصل ٦/٥٧٠، ٥٧١.
(٤) انظر: المصدر السابق نفسه.




فإن اجتمعوا جميعًا، فعليهم؛ وذلك لأنّ القتيل في أيديهم، فصار كوجوده في دارهم[١].

قال عمرو: وسألت محمدًا عن القتيل يوجد في قرية امرأةٍ لا يكون بها غيرها، قال: قال أبو حنيفة: تُستَحلف، وتُردّد عليها الأيمان، وعلى عاقلتها الدية، أقرب القبائل [إليها]، [وهو قول محمدٍ[٢].

وقال أبو يوسف: ينظر إلى أقرب القبائل] تكون القَسَامة عليهم، ولا قَسَامة على المرأة.

قلت لمحمدٍ: أقرب القبائل إليها في النسب (أو في الجوار؟ قال: بل في النسب)[٣]، والصبيّ ليس عليه قَسَامة.

وجه قولهما: أنّ المرأة ممن تُستحلَف في الحقوق، وقد صارت ممن تلزمها الخصومة في هذا الموضع والمشاركة في الدية، فصارت [كالرجل][٤]؛ ولأنّ وجود القتيل في الدار كمباشرتها القتل، فإذا كانت ممّن تُستحلَف، صارت كالرجل.

وليس هذا كالصبيّ؛ لأنّه لا يُستحلَف في الحقوق، وليس هذا كالقتيل يوجد في المَحَلَّة؛ لأنّ النساء لا يُحلّفن؛ لأنّ أهل المَحَلَّة يلزمهم لأجل النُّصرة،

---

(١) قال محمد في الأصل: «... فهو على الذي مع الدابة، فإن لم يكن مع الدابة أحد، فهو على أهل المحلة الذين يوجد فيهم على الدابة، وكذلك الرجل يحمل قتيلاً، فهو عليه». ٦/٥٧٠.

(٢) انظر: الأصل ٦/٥٧١.

(٣) ساقطة من ل.

(٤) في أ، ب (كالرجال) والمثبت من ل.

والمرأة لا تنصر، فصاحب الدار يلزمه؛ لأنّه كالمباشر، وهي ممّن يجوز أن تباشر[1].

[وجه قول] أبي يوسف: أنّ القسامة تجبُ للنُّصرة، فلا تدخل المرأة فيها، كما لا تدخل مع أهل المَحَلَّة.

وقد قال أصحابنا المتأخرون: إنّ المرأة تدخل مع العاقلة في هذه المسألة في التحمّل.

وذكر الطحاوي: أنّ القاتل لا يدخل في التحمّل، إلا أن يكون ذكرًا بالغًا عاقلاً.

فعلىٰ ما قال: إذا لم تدخل عند مباشرتها، فعند وجود القتيل في دارها أولىٰ.

وكان أصحابنا ينكرون هذا القول، ويقولون: إنّ القاتل[2] يدخل في الدية بكل حالٍ.

وذكر في المنتقىٰ في المرأة وُجد في دارها قتيلٌ، وقد انقرض قومها: فإنّي أحلّفها خمسين يمينًا، ثم أُقَسِّم الدية علىٰ أقرب القبائل من قومها، فإن جنت بعد هذه الجناية، أُقَسِّم هؤلاء عليها[3] الذين ضمّنتُهم العقل؛ وذلك لأنّ قومها لما انقرضوا، لم يبق من يستحق القَسَامة غيرهم، فأمّا الدية فيجوز أن [تلحق][4]

(١) في ب (وهو ممن يجوز أن يباشر).
(٢) في ب (القبائل)، خطأ.
(٣) في ب، ل (عنها هؤلاء).
(٤) في أ (تستحق)، والمثبت من ب.




من بَعُد منها، كما يدخلون مع عاقلتها إذا قلّوا[1].

وإذا وجد قتيلٌ آخر، فقد صاروا هؤلاء عاقلةً لها بالقضاء عليهم، فيدخلون في الأيمان.

٢٦٢٠ - [فَصْل: وجود القتيل في أرض رجل غريب عن القرية]

قال: وسئل محمدٌ[2] عن رجلٍ وجد قتيلاً في أرض رجلٍ إلىٰ جانب قريةٍ، ليس صاحب الأرض من أهل القرية؟ (قال: علىٰ صاحب الأرض؛ وذلك لأنّه أخصُّ بنصرة قوارضه من أهل القرية)[3]، فكان أولىٰ بالضمان.

٢٦٢١ - [فَصْل: وجود قتيل في دار]

وقال محمد: في قتيلٍ وُجد في دارٍ، فالقَسامة علىٰ ربّ الدار، وعلىٰ عاقلته إن كانوا جيرانه، وإن لم يكونوا: فعلىٰ عاقلته من أهل المصر، وعليهم الدية.

(وذكر في الأصل: أنّ القتيل إذا وجد في دار رجلٍ، فالقَسامة علىٰ ربّ الدار، وعلىٰ قومه)[4] [الدية][5]، وذكر اختلاف زفر وأبي يوسف: أنّ القَسامة عليه وعلىٰ عاقلته، غُيَّبًا كانوا أو حضورًا.

وقال أبو يوسف: لا قَسامة علىٰ العاقلة.

وكان أبو الحسن يقول: إن كانت العاقلة حاضرةً في المصر، دخلوا في

(١) انظر: الأصل ٦/٥٧١.
(٢) في ب (الدرب).
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٥) الزيادة من نص الأصل ٦/٥٦٧.

القسامة، وإن كانت غائبةً فالقَسَامة على صاحب الدار، تُكرّر عليهم الأيمان، والدية عليه وعلى العاقلةِ.

أمّا دخول العاقلة في القَسَامة إذا كانوا حضورًا، فهو قول أبي حنيفة ومحمدٍ، وظاهر قول أبي يوسف يَقتضي أن لا يدخلوا.

وجه قولهما: أنّ الحضور قد لزمتهم نصرة الموضع لنصرة صاحب الدار، فوجب أن يشاركوه في القَسَامة؛ ولأنّهم شاركوه في التهمة، فشاركوه في القَسَامة كما شاركوه في الدية.

وأمّا إذا كانوا غُيّبًا، فالتهمة قد ارتفعت في حقهم؛ لأنّهم قد عُلِم أنّهم لم يباشروا القتل، ولا يلحق الموضع نصرةٌ من جهتهم، فالقَسَامة ثبتت بأحد هذين المعنيين، وليس القَسَامة من التحمّل في شيءٍ؛ لأنّه لا يتعلّق بالتهمة، ألا ترى أنّهم يتحمّلون عن القاتل [المعيّن][1] إذا كان صبيًا أو مجنونًا أو خاطئاً.

وجه قول زفر: أنّه لمّا لزمتهم[2] الدية، فكذلك القَسَامة، كأهل المَحَلَّة.

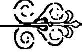
[وجه قول] أبي يوسف: أنّ صاحب الدار أخصُّ بالتهمة، فلم يشارك في القَسامة، كما لا يشارك أهل المَحَلَّة عواقلهم.

وقال أبو يوسف: لو أنّ رجلاً معه جريحٌ به رمقٌ يحمله، حتّى أتى به أهله، فمكث يومًا أو يومين، ثم مات، لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف، وفي قياس قول أبي حنيفة: يضمن.

---

(١) في أ، ب (المعنى) والمثبت من ل.

(٢) في ب (أنهم عطاء ألزمهم).



وهذا فرعٌ علىٰ من جُرح في قبيلةٍ، فتحامل إلىٰ أخرىٰ، فمات.

ووجه [القياس](١): أنّ الحامل قد ثبتت يده عليه مجروحًا، فإذا مات من الجراح، فكأنّه مات في يده.

٢٦٢٢ - [فَصل: وجود القتيل في دار نفسه]

قال: وإذا وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه، فديته علىٰ عاقلته لورثته في قول أبي حنيفة(٢).

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: لا شيء فيه، وهو قول زفر والحسن، وروىٰ أبو يوسف عن أبي حنيفة مثله.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ القَسامة تثبت في [حالِ] ظهور القتيل؛ بدلالة أنّ مَن مات قبل ذلك لا يدخل في الدية، وحال ظهوره الدار لورثته، فكانت الدية علىٰ عواقلهم، كما لو وجد في دار ابنه(٣).

ولا يجوز أن يقال: إذا كان الوجوب علىٰ الورثة، فكيف [٣٤٧/أ] تتحمّل العاقلة عنهم لهم؟ لأنّ الدية في الحقيقة للمقتول؛ بدلالة أنّ ديونه تُقضَىٰ منها، وتنفذ وصاياه، وإنّما تملكها ورثته بسببٍ آخر، ومثل هذا غير ممتنعٍ، كما لو وجد الأب قتيلاً في دار ابنه، أو وقع في بئرٍ حفرها ابنه.

وجه قولهما: أنّ الحكم يتعلّق بحال الجراح، والدار في تلك الحال ملكٌ

(١) في أ، ب (البناء) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥٦٨/٦.

(٣) انظر: المصدر السابق ٥٦٩/٦.




للمقتول، فكأنّه قتل نفسه؛ ولأنّ وجودَ القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل، فكأنّه قتل نفسه(١).

٢٦٢٣ - [فَصل: المكاتب وجد قتيلاً في دار نفسه]

وقد قالوا: في المُكاتَب لو وجد قتيلاً في دار نفسه، فدمه هدرٌ؛ لأنّ داره في حال ظهوره ليست للورثة، وإنّما هي على حكم ملكه، إلا أن يقضي مال الكتابة، فصار كأنّه هو القاتل لنفسه(٢).

وقد روي عن محمدٍ عن أبي يوسف: في رجلين في بيتٍ ليس معهما أحدٌ، وُجد أحدهما مذبوحًا، قال: أُضمّنُ الآخر الدية، وقال محمدٌ: لا أضمّنه.

وجه قول أبي يوسف: أنّ الظاهر أنّ الإنسان لا يقتل نفسه، ولهذا إذا وجد قتيلٌ في محلةٍ، كان عليهم، ولم يُعتَبر جواز أن يكون قتل نفسه، وإذا كان الظاهر أنّ غيره قتله، وليس هناك أقرب من الآخر، كانت الدية عليه.

[وجه قول] محمدٍ: أنّه يجوز أن يكون القتيل قتل نفسه، ويجوز أن يكون الآخر قتله، فلا أضمّنه بالشكّ.

٢٦٢٤ - [فَصل:]

قال: وإذا وجد في دار المُكاتَب قتيلٌ، فهو عليه، يَسعى(٣) في الأقلّ من قيمته ومن الدية؛ لأنّ وجود القتيل في داره كمباشرته القتل، ولا يجوز أنّ يلزم(٤)

---

(١) انظر: الأصل ٦/٥٦٤ ـ ٤٦٩.

(٢) انظر: الأصل ٦/٥٦٨.

(٣) في ل (يقضي).

(٤) في ل (أن كان على مولاه).

مولاه كما لا يلزمه في مباشرته.

٢٦٢٥ ـ [فَصْـل: وُجد المولىٰ قتيلاً في دار مكاتبه]

قال: ولو وُجد المولىٰ في دار المُكاتَبِ قتيلاً، كان عليه الأقلّ من القيمة أو الدية؛ لأنّ وجود المولىٰ في داره كمباشرته لقتله.

قال: وتكون القيمة حالّة؛ لأنّ القيمة تلزم بالمنع من الدفع، فتكون حالّةً كما يجب علىٰ المولىٰ بجناية مُدبَّرِهِ.

٢٦٢٦ ـ [فَصْـل: وُجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه]

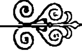
قال: ولو وجد المكاتب قتيلاً في دار مولاه، فعلىٰ مولاه قيمته في ثلاث سنين، ولا تتحمّله العاقلة؛ لأنّ وجود المُكاتَب في دار السيد كمباشرة السيد القتل؛ إلا أنّ العاقلة لا تتحمّل؛ لأنّ المُكاتَب علىٰ ملكه، وإنّما ضمن جنايته عليه بعقدٍ عقده، وذلك العقد ثابتٌ فيما بينهما، غير ثابتٍ في حقّ العاقلة، فصار في حقّهم كما لو وجد في داره عبدٌ قنٌّ [له].

٢٦٢٧ ـ [فَصْـل: وجود القتيل في دار عبد مأذون له في التجارة]

قال: وإذا وجد في دار عبدٍ مأذون له في التجارة، وعليه دينٌ أو لا دين عليه، أو غير مأذونٍ وُجد في داره قتيل، فعلىٰ عاقلة مولاه القَسَامة والدية.

وقد قالوا: إنّ القياس في العبد المأذون يوجد في داره قتيلٌ: أن تجب القَسَامة علىٰ العبد، ويقال لمولاه: ادفعه أو افده.

وفي الاستحسان: تجبُ علىٰ المولىٰ، ولا تجب علىٰ العبد.

أمّا وجه القياس؛ فلأنّ العبد في التجارة[١] كالحرّ، ولو وجد قتيلٌ في دار [حُرٍّ][٢]، كان هو[٣] القاتل، فكذلك العبد يدفع أو يفدي كما لو باشر القتل.

وجه الاستحسان: أنّ العبد ليس ممّن تجب عليه الجناية بالقول، بدليل أنّه لو أقرّ بالجناية لم يجز إقراره، والقَسَامة قول العبد، فلا معنىٰ لاستحلافه، ولو أقرّ لم يُقبَل قوله، وإذا سقطت القسامة عن العبد، وجبت علىٰ المولىٰ؛ لأنّ المِلْكَ له.

ولو كان العبد عليه دينٌ فينبغي في قياس قول أبي حنيفة: أن [لا][٤] تجب علىٰ العبد في القياس؛ لأنّ المولىٰ[٥] لا يملك ماله.

وفي الاستحسان: تجب علىٰ المولىٰ؛ لأنّ المولىٰ وإن كان لا يملك، والغرماء أيضًا لا يملكون الدار، والعبد لا مال له[٦]، والمولىٰ أقربُ الناس إليه؛ لأنّه يقدر علىٰ تحصيلها لنفسه[٧]، والقَسَامة يُعتَبر فيها الأقرب [فالأقرب]، فلمّا كان المولىٰ أقرب الناس إليه، كانت القَسَامة عليه.

٢٦٢٨ - [فَصْل: وجود المأذون في دار مولاه قتيلاً]

قال: ولو وجد المأذون في دار مولاه قتيلاً، فإن كان عليه دينٌ، فإنّ علىٰ

---

(١) في ل (الجناية).
(٢) في أ، ل (حي) والمثبت من ل.
(٣) في ب، ل (كأنّه هو).
(٤) في أ، ب (أن تجب) والمثبت من ل.
(٥) في ب (لأنّ العبد).
(٦) في ب، ل (لا ملك له).
(٧) في ب (تخليصه بالبينة).

المولىٰ قيمته لغرمائه حالّةً في ماله، وهذا بمنزلة استهلاكه إياه بعتقٍ، ولا تكون القيمة عليه في ثلاث سنين.

وكذلك[١] لو قتله عمدًا، فعليه قيمته حالّةً، وكذلك لو كان العبد جنىٰ جنايةً، ثم وجد قتيلاً في دار مولاه، فعلىٰ المولىٰ قيمته حالّةً، وكذلك لو [كان العبد] قتله خطأً وهو لا يعلم؛ وذلك لأنّ العبد علىٰ ملك المولىٰ، وقتل الإنسان لملكه لا يتعلق به ضمانٌ، وإنّما [يتعلق به الضمان][٢] هاهنا؛ لما تعلّق علىٰ العبد من الحقّ[٣]، وهذا لا يعود إلىٰ الجناية، فلم تلزم العاقلة.

وإنّما كان حالاً؛ لأنّه في حكم ضمان الاستهلاك[٤]، ألا ترىٰ أنّه صار مانعاً بالجناية من دفعه[٥] في الدين، أو تسليمه في الجناية، والضمان المتعلّق بالمنع[٦] يكون حالاً.

٢٦٢٩ - [فَصْل: وُجود ابنِ الرجل أو أخيه قتيلاً في داره]

قال محمدٌ: وإذا وجد ابن الرجل أو أخوه قتيلاً في داره، فإنّ علىٰ عاقلته دية ابنه ودية أخيه وإن كان هو وارثه، وهذا علىٰ ما بيّنا أنّ وجودَ القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل، فيلزم عاقلته ذلك [للمقتول]، ثم يستحقّها صاحب الدار بالإرث[٧].

(١) (كذلك) سقطت من ب.
(٢) في أ (لزمه) فقط.
(٣) العبارة في ل (كما تعلق العبد من الدين).
(٤) في ل (في ضمان حكم المستهلك).
(٥) في ل (بيعه).
(٦) في ل (بالبيع).
(٧) انظر: الأصل ٦/٥٦٩.

٢٦٣٠ - [فَصْل: عبد الرهن يوجد قتيلاً في دار الراهن]

وقال بِشرٌ عن أبي يوسف: في العبد الرهن يوجد في دار الراهن (أو المرتهن، قتيلاً: فالقيمة علىٰ ربّ الدار دون العاقلة.

أما إذا وجد في دار الراهن)[1]؛ فلأنّه علىٰ ملكه، وإنّما صار مضمونًا عليه بالعقد الذي عقده، وذلك العقد بينه وبين المرتهن، فيلزمهما حكمه دون العاقلة.

وأمّا إذا وجد في دار المرتهن، فالقيمة علىٰ عاقلته؛ لأنّ الضمان لم يتعلّق بالعقد، فهو كعبدٍ غير رهنٍ.

وإنّما قال أبو يوسف: إنّه في ماله، علىٰ أصله: أنّ العاقلة لا تتحمل قيمة العبد[2].

ومما يلحق بهذا الباب

٢٦٣١ - [فَصْل: في دية قتيل وجد بين دارٍ لرجلين]

[ما] قال محمدٌ في الأصل: في دارٍ بين رجلين، لأحدهما الثلثان، وللآخر الثلث: فالدية علىٰ عاقلتهما نصفان؛ لأنّ النُّصرة لا تتبعّض، فكلّ واحدٍ منهما تلزمه نصرة الدار، كما يلزم الآخر.

وهذا علىٰ ما قدّمنا[3]: أنّ دارًا لو بيعت إلىٰ جانبها، تساويا في الشُّفعة.

وقال: إذا وجد بدن قتيلٍ في مَحَلَّة أو أكثر بدنه، فإنّ القَسامة واجبةٌ، وإن

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٥٦٩/٦ ـ ٥٧١؛ التجريد ٥٧٩٢/١١ وما بعدها.

(٣) في ب (قلنا).

وجد عضوٌ من أعضائه أو أقلّ من نصف [البدن][1]، فلا قسامة فيه؛ لأنّ القَسَامة إنّما تجب في القتيل، والعضو لا يسمىٰ قتيلاً؛ ولأنّا لو أوجبنا في [الأقلّ] القَسَامة، لأوجبنا [في] الباقي قسامةً أخرىٰ، فيؤدي إلىٰ إيجاب قَسَامتين[2] في نفسٍ واحدةٍ، وهذا لا يصحّ.

وهذه المسألة نظير ما قالوا في الصلاة علىٰ أكثر البدن إذا وجد، وإن وجد الأقلّ لم يُصلّ عليه.

وذكر الطحاوي: أنّ القاتل يدخل مع العاقلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمدٍ، وقال الشافعيّ: لا يدخل معهم[3].

لنا: أنّ القياس ينفي تحمّل العاقلة، ويقتضي وجوب الدية علىٰ [القاتل][4]؛ لأنّه أحد[5] بدلي النفس كالقَودِ؛ [٣٤٧/ب] ولأنّه بدل مُتلَفٍ كالقيمة في المُتلَفات.

وإنّما أوجبنا علىٰ العاقلة مقدار ما أجمعوا عليه؛ ولأنّهم تحمّلوا علىٰ طريق التخفيف، فإذا جُعِل [القاتل] كواحدٍ منهم، لم يحتج في ذلك القدر إلىٰ تخفيفهم؛ لأنّ مثله قد لزم كلّ واحدٍ منهم، وليس بأن يخفّفوا عنه بأولىٰ من أن يخفّف عنهم.



---

(١) في أ (النفس) والمثبت من ل.

(٢) في ب (قسمتين).

(٣) انظر: الأم ص ١٢١٦.

(٤) في أ (العاقلة)، والمثبت من ب، ل، وهو المناسب كما يظهر في السياق.

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.




٢٦٣٢ ـ [فَصْل: دية قتيل في دارٍ مباعة]

قال في الجامع الصغير: فيمن باع دارًا، فوُجد فيها قتيلٌ: إنّ الدية على من الدار في يده، سواءٌ كان هناك خيارٌ أو لم يكن، وهذا قول أبي حنيفة[١].

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: الدية على مالك الدار إن لم يكن ثَمّ خيار، [وإن كان ثَمّ خيارٌ]، فعلى من تصير له الدار.

وقال زفر: الدية على المشتري، إلا أن يكون للبائع الخيار، فتكون الدية عليه في جميع الأحوال.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ الدار ما دامت في يد البائع، على حكم ملكه، وهو أحقّ باليد فيها، فصار كما لو قَبْل البيع؛ ولأنّ ظهور القتيل في الدار بمنزلة مباشرة صاحبها لقتله، فالدار هاهنا على حكم ملك البائع، وفي يده، فكأنّه هو القاتل؛ ولأنّ هذا معنىً يتعلّق به الضمان، فصار كجناية العبد في يد البائع قبل القبض، فيكون [كالعيب][٢].

ولا يلزمه ضمانه للمشتري، ولا يقال: فيجب أن يكون للمشتري الخيار؛ لأنّ هذا الضمان لم يتعلّق برقبة الدار، وإنّما يجب على العاقلة، فلم يكن عيبًا، وجناية العبد تتعلّق برقبته، فصارت عيباً، وليس يمتنع أن يكون هذا كجناية العبد من وجهٍ، ويفارقه من وجهٍ.

(١) في ب (وإن كان ثمّ خيار فهذا قول أبي حنيفة)، والسياق لا يحتملها والعبارة كما في الجامع الصغير: «رجل اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل، فهو على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لأحدهما، فهو على عاقلة الذي في يده». الجامع الصغير (مع الشرح الصدر الشهيد) ص٥٨٦.

(٢) في أ (كالعبد)، وفي ل (كالغضب)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تعليل الحكم.

وجه(١) قولهما: أنّ الملك للمشتري، وليس للبائع يد تصرّف، فصار كالمُودَع(٢).

وأما إذ كان [ثم] خيارٌ، فعلىٰ من تصير له الدار؛ لأنّها إن صارت للبائع، انفسخ البيع بالخيار، فصار كأن لم يكن، وإن صارت للمشتري، فقد ملكها بالعقد، فكأنّ الخيار لم يكن.

وأمّا زفر، فاعتبر الملك حال الظهور، وزواله بعد ذلك بالخيار أو الإجازة كالبيع.

٢٦٣٣ - [فَصل: ادعاء مولىٰ القتيل علىٰ رجل بعينه من أهل المحلة]

قال في الأصل: إذا ادَّعىٰ [وليّ القتيل](٣) علىٰ رجلٍ من أهل المَحَلَّة بعينه، فالقَسَامة والدية بحالها(٤).

وروىٰ ابن المبارك عن أبي حنيفة: أنّ القَسَامة تسقط، وعن محمدٍ مثله.

قال أبو يوسف: القياس: أن تسقط، إلا أنّا تركناه للأثر.

وجه رواية الأصل: أنّا قد علمنا أنّ القاتل أحد أهل المَحَلَّة في الظاهر؛ ولذا يجب عليهم الضمان، فإذا ادّعىٰ الولي ذلك علىٰ واحدٍ بعينه، فلم [يزد](٥) علىٰ ما علمناه، فلا يتعيّن(٦) حكم القَسَامة؛ ولأنّ هذه الدعوىٰ لا يثبت بها القتل

(١) هذه الكلمة سقطت من ب.

(٢) في ب (إلا أن يتصرف، فصار كالمودع)، ولا حاجة لهذه الزيادة في السياق.

(٣) في أ، ب (الولىٰ القتل) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ٥٦٨/٦.

(٥) في أ، ب (يردّ) والمثبت من ل.

(٦) في ل (يعتبر).




عليه، فصار كعلمنا بأنّ القاتل منهم.

وجه الرواية الأخرى: أنّ[1] دعواه على واحدٍ إبراءٌ للباقين، فلم يجز استحلافهم مع إبراء الوليّ لهم[2].

٢٦٣٤ - [فَصْل: ادعاء الولي القتل على رجل من غيرهم]

قال: وإذا ادّعى الوليّ القتل على رجلٍ من غيرهم، فقد أبرأهم من القَسَامة والدية؛ لأنّ هذا المعنى لم يحكم به بظهور القتل[3]، فصار دعوى الوليّ له نفيًا للقتل عن أهل المَحَلَّة.

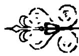
فإن شهد اثنان من أهل المَحَلَّة [للوليّ] بهذه الدعوى، لم تُقبَل شهادتهما في قول أبي حنيفة، وقالا[4]: تُقبَل.

[وجه قول] أبي حنيفة: أنّ شهادة أهل المَحَلَّة قبل الدعوى على غيرهم لا تُقبَل، فإذا أبرأهم الوليّ، اتُّهم أن يكون توصل بالبراءة إلى تصحيح شهادتهم[5]، فلم تُقبَل؛ ولأنّ أهل المَحَلَّة صاروا خصومًا في هذه الدعوى، فلم تُقبَل شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة، كالوكيل إذا خاصم ثم عُزِل؛ ولأنّ الوليّ اصطنع إليهم معروفًا حين أسقط عنهم القَسَامة والدية، فاتُّهم أن يكونوا قابلوه على ذلك، والشهادة تسقط بالتهمة.

وجه قولهما: أنّ أهل المَحَلَّة لا يدفعون عن أنّفسهم بهذه الشهادة مغرمًا،

---

(١) في ل (كان).
(٢) انظر: التجريد ٥٧٩٨/١١.
(٣) في ل (لظهور القتيل).
(٤) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).
(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.




ولا يجتذبون بها مغنمًا، فوجب أن تُقبَل كالأجانب[1].

٢٦٣٥ـ [فَصْل: ادعاء الأولياء القتل على واحد من أهل المحلة]

قال: ولو ادعى الأولياء[2] القتل على واحدٍ من أهل المَحَلَّة بعينه، فشهد شاهدان من أهل المَحَلَّة (عليه، لم تقبل)[3] شهادتهما في قولهم[4]؛ لأنّ الخصومة قائمةٌ بعد هذه الدعوى على ما بيّنا، فالشاهد يقطع عن نفسه الخصومة، إلا أنّه روي عن أبي يوسف: أنّ الشهود يحلفون: بالله ما قتلنا [ولا علمنا له قاتلا]، ولا يزادون على ذلك؛ لأنّهم قد أخبروا أنّهم عرفوا القاتل، فلم يُقبَل قولهم، فلا معنى لاستحلافهم.

وروي عن محمدٍ أنّه قال: يحلفون بالله ما قتلنا، ولا علمنا له قاتلاً غير فلانٍ؛ لأنّهم لما أقرّوا بالقتل على رجلٍ واحدٍ، صار ذلك الرجل مستثنى من اليمين، فبقي حكم من سواه[5].

ومما لم يُلحقه[6] أبو الحسن من المسائل المشهورة

٢٦٣٦ـ [فَصْل: قطع المرأة يد رجل عمداً ثم تزوجها على تلك الجراحة]

ما قاله محمدٌ في الأصل: إذا قطعت المرأة يد رجلٍ عمدًا، أو جرحته، ثم

---

(١) في ل (كالأولياء).

(٢) في ل (أولياء القتيل).

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في ل (قول أبي حنيفة)، وفي تحفة الفقهاء (لم تقبل شهادتهما بالاتفاق) ١٣٦/٣.

(٥) انظر: التجريد ٥٧٩٨/١١ ـ ٥٨٠٠.

(٦) في ب (يورده).

تزوّجها على تلك الجراحة أو الشَّجّة أو الضربة أو القطع لليد[1] ، فإن برئ الرجل من ذلك ، جاز النكاح ، والأَرْش مهرٌ لها ، سواءٌ كان القطع عمدًا أو خطأً ؛ لأنّه لا قِصَاص بين الرجال والنساء فيما دون النفس ، وإنّما الواجب المال ، فصار كرجلٍ له على امرأة[2] دينٌ ، فتزوّجها على ذلك الدين ، جاز النكاح ، وكان الدين مهرًا لها في قولهم جميعًا .

فإن كانت الجراحة عمدًا ، فمات منها ، فالقياس عند أبي حنيفة: أن يجب عليها القِصَاص ، ويجب عليه المهر[3] .

والاستحسان: أن لا قِصَاص عليها ، فيلزمها الدية في مالها ، ولها عليه مهر مثلها ، (فيتقاصّان ويترادّان الفضل .

فإن كان القطع خطأً ، فالدية على عاقلتها ، ولها عليه مهر مثلها)[4] .

وقال أبو يوسف ومحمدٌ[5]: إن كانت الجراحة عمدًا ، فكأنّه تزوجها على القِصَاص ، فسقط القِصَاص ، ولها عليه مهر مثلها .

وإن كانت الجراحة خطأً[6] ، فكأنّه تزوجها على الدية ، فيجوز النكاح على ذلك ، فإن كان مهر مثلها مقدار الدية ، فيسقط عن العاقلة ؛ لأنّ العاقلة تعقل عن

---

(١) في أ (أو اليد) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .
(٢) في ل (على رجل دين) .
(٣) في ب ، ل (لها المهر) .
(٤) ما بين القوسين سقطت من ب ، ل .
(٥) في ل لم يذكر محمداً في القول .
(٦) في ب (عمداً) .

القاتل، ولا تعقل [للقاتل][١]، وإن كان مهر مثلها أقلّ من ذلك، فمقدار مهر مثلها يجوز، ويسقط ذلك المقدار عن العاقلة، وما زاد على ذلك، إن كان الرجل ليس بصاحب فراشٍ، (جاز، وإن كان صاحب فراش)[٢]، فتلك الزيادة تخرج من الثلث، (جاز، وكانت وصيةً للعاقلة.

وإن كانت لا تخرج من الثلث)[٣]، جاز منها مقدار الثلث، وبطل الفضل، وهذا فرعٌ على اختلافهم فيمن صالح على الجراحة [فألقت نفساً] وقد قدّمناه.

ولو كان تزوّجها على اليد وما يحدث منها[٤]، أو على الجناية، ففي قولهم جميعًا: كما قال أبو يوسف ومحمدٌ في الفصل الأوّل؛ وذلك لأنّ التزويج وقع على الأمرين جميعًا[٥].

٢٦٣٧ - [فَصْل: قطعُ عضوٍ عمداً ثم قتله]

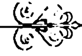
قال أبو حنيفة: إذا قطع رجلٌ[٦] يد رجلٍ عمدًا، ثم قتله، فالوليّ بالخيار: [٣٤٨/أ] إن شاء قطع يده ثم قتله، وإن شاء قتله.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ: يقتله، ولا يقطع يده.

[وجه قول] أبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا

---

(١) في أ، ب (القاتل)، والمثبت من ل.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٤) هذه الكلمة سقطت من ب.
(٥) انظر: الأصل ٦/٥٨٣.
(٦) هذه الكلمة سقطت من ب.




عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]؛ ولأنّهما جنايتان يمكن المماثلة بينهما، فجاز للوليّ أن يقتصّ منهما، كما لو كان الجاني اثنين.

وجه قولهما: أنّ ما دون النفس يسقط حكمه مع النفس، أصله: إذا قطع يده خطأً ثم قتله؛ ولأنّ للإمام أن يأمره[1] بالقتل، فلولا أنّ القطع ليس بواجبٍ، لم يأمره الإمام بتركه؛ لأنّ الإمام لا يشفع للخصم.

فالجواب: أمّا الخطأ؛ فلأنّ الواجب به المالُ، وما دون النفس قبل البرء لا يستقرّ ما فيه من الأَرْش، فلذلك دخل في الدية.

وأما القِصَاص فعقوبةٌ، فإذا أمكن استيفاء المماثلة فيها[2]، لم تتداخل.

وأما الإمام، فإنّما يبين للولي الأَولىٰ من الأمرين، فأمّا أن يشفع، أو يلزم ترك القطع، فلا يجوز.

٢٦٣٨- [فَصْل: حصول الموت بسراية القطع]

قال [أصحابنا]: وإذا قطع يد رجل عمدًا، فمات من ذلك، فللوليّ أن يقتله، وليس له أن يقطع يده[3].

وقال الشافعي: تقطع يده، فإن مات، وإلا قُتِل[4].

لنا: أنّ القِصَاص هو المماثلة، فلو قطعنا يده ثم قتلناه، استوفينا منه أكثر

(١) في ل (أن يباشره).
(٢) في ل (فيما يتداخل).
(٣) في ب (ولا يقطع يده).
(٤) انظر: مختصر المزني ص ٢٤١.




مما استوفى، وذلك لا يجوز؛ ولأنّ ما دون النفس إذا سرى إلى النفس، سقط حكمه، كالخطأ.

٢٦٣٩ - [فَصْل: استيفاء القود]

قال أصحابنا: لا يستوفى القود إلا بالسيف[١].

وقال الشافعي: يقتل القاتل بمثل ما قتل من الآلة[٢].

واختلف أصحابه فيمن أَوْجر[٣] رجلاً خمرًا حتّى مات، فقال بعضهم: يوجر الماء حتّى يموت، وقالوا فيمن يلوط برجلٍ حتّى مات: يجعل له آلةٌ من الخشب يُفعَل به كما فعل، فإن مات وإلا يقتل.

لنا: قوله ﷺ: **«لا قود إلا بحديدة»**[٤]، وقال: **«إنّ أحسن الناس قِتْلةً، المسلمون»**[٥]، **«فإذا قتلتم فأحسنوا القِتلة»**[٦]؛ ولأنّه تفويت روحٍ[٧] على وجهٍ مباحٍ، فاعتبر فيه أوجز الآلات مع القدرة، كالذبح.



(١) انظر: التجريد ١١/٥٦١٦.

(٢) انظر: مختصر المزني ص ٢٤١.

(٣) وجر من الوجور: «الدواء الذي يُصَبُّ في وسط الفم، يقال: أوجرته ووجرته». المغرب (وجر).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) رواه أبو داود (٢٦٦٦)؛ وابن ماجه (٢٦٨١)، من حديث ابن مسعودٍ رضي الله عنه: وقال المُناوي: رجاله ثقات. انظر: فيض القدير بشرح الجامع الصغير (٢/٧)، المكتبة التجارية بمصر، ١٣٥٦هـ.

(٦) سياق ما في أ و ب: أن «إنّ أحسن الناس قتلة»، و«فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة» حديثٌ واحد، والصواب أنّهما حديثان مستقلان، وهذا الحديث «فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة» رواه مسلم (١٩٥٥) من حديث شداد بن أوس رضي الله عنه.

(٧) في ب (يقع).

٢٦٤٠ - [فَصْل: الضمان في القتل بالسمّ]

وقالوا: فيمن أطعم غيره سُمًّا فمات، فإن كان الميت أكله بنفسه، فلا ضمان على الذي أطعمه، ولكنه يُعزّر ويُضرب، فإن أوجره، فعليه الدية.

والوجه في ذلك: ما روي: «**أنّ امرأةً أضافت النبيّ ﷺ، فقدّمت له شاةً مسمومةً، فأكل منها ومات من ذلك بشر بن البراء ابن معرور، ولم يقتصّ رسول الله ﷺ منها**»(١)؛ لأنّه أكل بنفسه؛ ولأنّه إذا أكل بنفسه، فهو القاتل لها، والذي قدّم الطعام إنّما [قرّبه](٢) منه، وهذا لا يتعلّق به ضمان النفس.

٢٦٤١ - [فَصْل: دية اصطدام الفارسين]

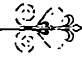
قال أصحابنا: إذا اصطدم الفارسان فماتا، فدية كلّ واحدٍ منهما على عاقلة الآخر.

وقال زفر: على عاقلة كلّ واحدٍ منهما نصف ديَةٍ، وهو قول الشافعيّ(٣).

وروي عن عليٍّ مثل قولنا(٤).

والوجه فيه(٥): أنّ كلّ واحدٍ منهما مات من صدم صاحبه له، فصار كمن

(١) رواه البخاري (٢٤٧٤)؛ ومسلم (٢١٩٠) من حديث أنس رضي الله عنه.
(٢) في أ (غره)، والمثبت من ب، وهو أصوب في السياق.
(٣) قال الشافعي: «وإذا اصطدم الراكبان على أي دابة كانتا، فماتا معًا، فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه؛ لأنه مات من صدمته وصدمة صاحبه...». مختصر المزني ص ٢٤٧. انظر: المنهاج ص ٤٩٠.
(٤) رواه عبد الرزاق (٥٤/١٠).
(٥) في ب (والأصل فيه).

بنىٰ حائطًا في الطريق فصدم رجلاً [فمات]، ولا يجوز أن يُعتدّ بصدم كلّ واحدٍ منهما مع صدم الآخر؛ لأنّ ذلك لو كان جنايةً من الإنسان علىٰ نفسه، لم يلزم باني الحائط في الطريق جميع الدية؛ لأنّ الميت قد مشىٰ إليه فصدمه، وكذلك حافر البئر يلزمه جميع الدية، وإن كان الماشي قد مشىٰ إليها، إلا أنّ فعله غير معتدٍّ به في الجناية علىٰ نفسه.

وجه قول زفر: أنّ كلّ واحدٍ منهما مات بجنايتين: وهو صدم صاحبه، وصدمه لصاحبه[١]، فصار كمن جرح نفسه، وجرحه أجنبيٌّ [فمات][٢].

٢٦٤٢- [فَصل: موت رجلين بانقطاع حبل وسقوط كلٍ منهما علىٰ ظهره]

وقد قالوا: في رجلين مدَّا حبلاً حتّىٰ انقطع فسقط كلّ واحدٍ منهما علىٰ ظهره، فماتا، فلا ضمان فيهما؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما لم يمت من فعل صاحبه، ألا ترىٰ أنّه لو غلب فعل أحدهما الآخر لجذبه علىٰ وجهه، فلما سقط علىٰ قفاه، علم أنّهما تكافآ في الفعل، ومات كلّ واحدٍ منهما (من فعل نفسه.

ولو سقطا علىٰ وجوههما، فماتا، فدية كلّ واحدٍ منهما)[٣] علىٰ عاقلة الآخر؛ لأنّه مات من جذبه.

ولو سقط أحدهما علىٰ ظهره، (والآخر علىٰ وجهه)[٤]، فماتا جميعًا، فدية

---

(١) في ل (بنفسه).

(٢) الزيادة من ل.

وانظر: التجريد ١١/٥٧٦٧.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(الذي سقط علىٰ وجهه علىٰ عاقلة الآخر؛ لأنّه مات بجذبه، ودية)[1] الذي سقط علىٰ ظهره هدرٌ؛ لأنّه مات من فعل نفسه.

ولو قطع قاطعٌ الحبل فسقطا جميعًا فماتا، فالضمان علىٰ القاطع؛ لأنّه سببٌ في إتلافهما.

٢٦٤٣ - [فَصل: موت الصبي بجذبه من يد أبيه]

وقالوا: في صبيٍّ في يد أبيه، جذبه رجلٌ من يده، والأب يمسكه حتّىٰ مات، فديته علىٰ جاذبه[2] [من يد أبيه]، ويرثه أبوه؛ لأنّ الأب ممسكٌ بحقٍّ، والجاذب متعدٍّ في الجذب، فكان الضمان عليه.

ولو تجاذب رجلان صبيًّا، وأحدهما يدّعي أنّه ابنه، والآخر يدّعي أنّه عبده، فمات من جذبهما، فعلىٰ الذي يدّعي أنّه عبده ديته؛ وذلك لأنّ المتنازعين في الصبيّ إذا زعم أحدهما أنّه أبوه، فهو أولىٰ من الذي يدّعي أنّه عبده، فصار إمساكه بحقٍّ، وجذب الآخر بغير حقٍّ، فضمن.

٢٦٤٤ - [فَصل: الضمان في خرق ثوب بجذبه صاحبه]

وقالوا: في رجلٍ في يده ثوب، فتشبث به رجلٌ، فجذبه صاحب الثوب من يده، فتخرق الثوب، ضمن الممسك نصف الخرق؛ لأنّ الإمساك ليس بأذىً، فيمكنه دفعه بغير جذبٍ، فإذا [جذب][3]، فقد حصل التلف بفعلهما، فانقسم الضمان بينهما.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (علىٰ الذي جذبه).
(٣) في أ (حصل) والمثبت من ل.

٢٦٤٥ - [فَصْل: سقوط أسنان الذي عض ذراع آخر]

و[قال][1] في رجلٍ عضَّ ذراع رجلٍ، فجذب ذراعه من فيه، فسقطت أسنانه، وذهب لحم ذراع هذا، قال: تهدر دية الأسنان، ويضمن العاضّ أَرْش الذراع؛ وذلك لأنّ العضّ ضررٌ، فله أن يدفعه عن نفسه بالجذب، فما يتولّد منه من سقوط الأسنان لا يضمنه.

٢٦٤٦ - [فَصْل: الضمان في شقّ ثوب بسبب الجلوس عليه]

وقالوا: في رجلٍ جلس إلىٰ جنب رجلٍ، فجلسَ علىٰ ثوبه وهو لا يعلم، فقام صاحب الثوب، فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه، قال: يضمن نصف الشقّ؛ لأنّه لم يكن له أن يجلس عليه، فصار ذلك تعدّيًا و[من جهته] وقد حصل التلَف من الجلوس والجذب، فانقسم الضمان.

وقال: في رجلٍ أخذ بيد إنسانٍ، فجذب الآخر يده من يده، فانفلت[2] فمات، قال: إن كان إنّما أخذ يده لمصافحةٍ، فلا شيء عليه، وإن كان أخذ بيده لعصرها، فآذاه، فمدّها، ضمن ديته؛ وذلك لأنّه إذا صافحه فلم يجذب يده لدفع ضررٍ، فصار جانياً علىٰ نفسه، وإذا آذاه بعصرها فإنّما دفع الضرر عن نفسه، فإن مات، ضمن الممسك.

وإن انكسرت يد الممسك، لم يضمن الجاذب.

وفرّق محمدٌ بين جذب الثوب وبين جذب النفس، فقال: [٣٤٨/ب] في الثوب إذا انخرق: إن الضمان ينقسم، وقال في النفس: إنها كلها مضمونة؛ لأنه

---

(١) في أ (وقالوا)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٢) في ل (انقلب).

لم يجعل جذب الإنسان جنايةً منه على نفسه، كما لم يجعل صدمه لغيره جنايةً على نفسه، وجعل مده لثوبه جناية منه على ثوبه، فقسم الضمان بينهما.

٢٦٤٧ - [فَصْل: اشتراك جانيين في قطع يد رجل]

قال أصحابنا: فيمن قطع أصبع رجل عمدًا، وقطع آخر يده من الزند فمات: فالقصاص على الثاني.

وقال زفر: عليهما، وبه قال الشافعي(١).

وجه قولهم: أن الموت حصل ولم يبق لجناية الأول(٢) أثرٌ، فصار كما لو برأت، ثم مات؛ ولأن زوال الجناية بالقطع أكثر من زوالها بالبرء؛ لأن البرء قد يُنتَقَض، فإذا كان [زوالها](٣) بالبرء يقطع حكم السراية، فزوالها بالقطع أولى.

وجه قول زفر: أن القطع الأول اتصل بالنفس منه ألم، وتكامل بالقطع الثاني، فصار الموت منهما، فوجب القصاص عليهما.

٢٦٤٨ - [فَصْل: فيما لا قصاص فيه على القاتلين]

وقال أبو يوسف: في رجلين قتل كلّ واحدٍ منهما ابن صاحبه(٤) عمدًا، وكلّ واحدٍ منهما وارث الآخر: فلا قصاص عليهما، ويضمن كلّ واحدٍ منهما الديَة في ماله.

وقال زفر: ويقال للقاضي: ابدأ بأيهما شئت وسلمه إلى الآخر حتى يقتله،

(١) انظر: الأم ص ١١٨٠؛ المنهاج ص٤٧٠.
(٢) في ب (للجناية الأولى).
(٣) في أ (حالها)، والمثبت من ب، وهو الصواب في السياق.
(٤) في ب (ابن الآخر).




ويسقط قصاص الآخر.

وقال الحسن بن زياد: يوكل كلّ واحدٍ منهما وكيلاً يستوفي القصاص، فيقتلهما الوكيلان معًا.

لأبي يوسف[1]: أن القصاص قد سقط في أحد القاتلين؛ لأنا إذا بدأنا بأحدهما وقتلناه، يرثه الآخر، فيسقط القصاص عنه، وإذا سقط القصاص عن أحد القاتلين بغير عينه، صار شبهةً في سقوطه عنهما، كما لو عفا عن أحدهما ولم يُعرف؛ ولأنا لو بدأنا بأحدهما، أوفيناه حقه، وأسقطنا حق الآخر، ولا يجوز أن يثبت الحقّ لمستحِقَّين فيوفي القاضي حقّ أحدهما ويسقط حقّ[2] الآخر.

وجه قول زفر: أن الحقّ ثابتٌ لهما لم يسقط، وللقاضي الخيار في الابتداء بأيّ الحقين شاء، فإذا اقتصّ من أحدهما سقط عن الآخر القصاصُ حكمًا.

وجه قول الحسن: أنه يُمكن [له] استيفاء القصاص منهما بالوكالة، حتىٰ يصير كل واحد منهما مقتولاً [في الحالة التي يقتل فيها الآخر، فلا يتوارثان، ولا يسقط الآخر، وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنه يمكن أن تقع] الضربتان[3] معًا، ولا يمكن أن يكون خروج الروح معًا، فيجوز أن يسبق خروج الروح في أحدهما دون[4] الآخر، وذلك لا يسقط القصاص.

وقد قالوا في رجل قطع يد رجل عمدًا، ثم إن المقطوعة يَدُه قَتَلَ[5] ابن

---

(١) في ب (وجه قول أبي يوسف).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في أ (بالضربتين)، لاختلاف السياق.
(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٥) في ب (قطع).

القاطع عمدًا، ثم مات المقطوعة يده من القطع.

قال: فعلىٰ القاطع القصاص لولي المقطوعة يده؛ لأن المقطوعة يده مات بجناية قبل أن يحل دمه بالقصاص للقاطع، فوجب القصاص علىٰ القاطع، ولم يسقط [بقتل](١) المقطوع للابن(٢).

٢٦٤٩- [فَصل: الضمان بالسبب]

ذكر الطحاوي: فيمن أرسل كلبًا أو طائرًا أو دابَّةً فأصابت في فورها إنسانًا فأتلفته: أنه لا يضمن في الطائر والكلب، ويضمن في الدابّة، وكان أصحابنا يقولون: يضمن في جميع ذلك، وقد روي عن محمد مثل ما قاله الطحاوي، وعن أبي يوسف: أنه يضمن.

لأبي يوسف: أن الإرسال سببٌ في التلف، فصار كحفر البئر؛ ولأن ما أصابت في فورها، فهو بسبب إرساله(٣)، فصار [كالسائق](٤).

لمحمد(٥): أن الطائر والكلب كلّ واحدٍ منهما خارج عن يده، فما يتولّد منهما إنما يتولّد من فعلهِ، فلا يضمن المرسِل، وهذا الذي قاله موجودٌ في الدابة المنفلته.

ويجوز أن يفَصِّل فيقول: إن الدابّة إنّما تُصيب بصدمها، والمرسِل كالدافع لها، فأما الكلب والطائر، فإنما يُصيب بجرحه، وذلك فعلٌ مبتدأٌ منه، فصار كصدم الدابة.

---

(١) في الأصل (بقطع) والسياق يدل علىٰ ما أثبته.

(٢) انظر: الفتاوىٰ الهندية ٦/٦.

(٣) في ب (إرسالها).

(٤) في أ (كالسابق)، والمثبت من ب، وهو الصحيح في العبارة.

(٥) في ب (وجه قول محمد).




٢٦٥٠ - فَصْل: [الخيار في جناية العبد]

قال أبو حنيفة: فيمن فقأ عيني[١] عبد، فمولاه بالخيار: إن شاء سلمه إلىٰ الفاقئ[٢] وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه ولا شيء له.

وقال أبو يوسف ومحمد: يمسكه ويأخذ ما نقصه.

وقال الشافعي: يمسكه ويأخذ[٣] جميع القيمة.

لأبي حنيفة: أنه لو فقأ إحدىٰ عينيه، وجب عليه نصف القيمة، فإذا فقأهما، وجب فيهما[٤] ضعف ذلك كعيني الحر، ولا يلزم [علىٰ هذا] البائع إذا فقأ عيني العبد أنه لا يسقط جميع الثمن؛ لأن البائع لا يلزمه أرش جنايته، وإنما يسقط بجنايته ما نقص المبيع، ولا يجوز أن يكون النقصان جميع القيمة (مع بقاء القيمة.

وإذا ثبت أن الواجب فيهما جميع القيمة، لم يجز أن يأخذ)[٥] مع بقاء العبد علىٰ ملكه، فيجتمع البدل والمُبدَل علىٰ ملكٍ واحدٍ، [كما يجتمع المبيع والثمن في ملكٍ واحدٍ].

ولا يلزم علىٰ هذا إذا اشترىٰ عبدًا بيعًا فاسدًا فقبضه، مَلَكه والثمن علىٰ ملكه؛ لأن الثمن ليس ببدلٍ في البيع الفاسد، وإنما البدل القيمة، وقد [ملكت عليه][٦] بملك العبد، فلم يجتمع البدل والمبدل في ملكه.

---

(١) في ب (عين).
(٢) في ب (القاضي).
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في ب (بفقئهما).
(٥) سقطت من ب.
(٦) في أ (ملكت عليه ذلك)، بزيادة ذلك، وسقطت في ب، والسياق لا يقتضيها.




ولا يلزم إذا غصب مدبرًا فأبق منه، أن المولىٰ يضمّنه قيمته والمدبر علىٰ ملكه؛ لأنا قلنا فيما يصح تمليكه بالمعاوضات، والمدبر لا يصح تمليكه.

ولا يلزم الهبة علىٰ عوض إذا سَلَّمها ولم يقبض العوض، أنه علىٰ ملك الموهوب، فاجتمع علىٰ ملكه العوض والمُعَوّض؛ لأن الهبة بعوضٍ لا يتعلق الاستحقاق فيها إلا بالقبض، فما لم يقبض العوض، لم يكن عوضًا، فلا يجتمع علىٰ ملكه عوضٌ ومُعوَّضٌ.

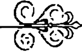
ولا يلزم [علىٰ هذا] مسألة كتاب المأذون: وهي إذا اشترىٰ عبدًا بجارية علىٰ أنه بالخيار، فقبض العبد وأعتقهما جميعًا معًا، نفذ عتقه فيهما، واجتمع العوض والمُعَوّض علىٰ ملكه؛ لأنه لما أعتقهما فسد البيع في الجارية، وصار العوض عن العبد القيمة، [وهلكت عليه في مقابلة ذلك العبد، فلم يجتمع العوض والمُعَوّض].

ولا يلزم من استأجر شيئًا وأسلف الأجرة، أن المؤاجِر ملكها، والمنافع علىٰ ملكه؛ لأن المنافع لا تملك عندنا إلا بعد وجودها، وكلما وجد جزءٌ منها، حدث علىٰ ملك المستأجر، فلا يجتمع علىٰ ملك المؤاجِر العوض والمعوَّض.

ولا يلزم علىٰ هذا إذا غصب غاصبٌ عبدًا، فجنىٰ عنده جنايةً ثم [ردّه علىٰ][1] مولاه، فجنىٰ عنده جنايةً أخرىٰ، ودُفِع بالجنايتين، أنه يرجع علىٰ الغاصب بنصف القيمة، فيدفعها إلىٰ ولي الجناية، (وهي عوضٌ عن نصف الرقبة التي سلم له، فيجتمع علىٰ ملكه العوض والمُعوَّض؛ وذلك لأن ولي الجناية)[2] إنما يأخذها

(١) في أ (دبره)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٢) ما بين القوسين سقطت في ب.

عوضًا عن جنايته، ونحن لا نمنع أن يملك الرجل العوض والمُعوَّض بغير سبب المعاوضة، كرجل استوهب المبيع من البائع، والثمن من المشتري، أو ورثهما.

وأما الكلام على الشافعي؛ فلأنها جنايةٌ (على مملوكٍ يجوز تمليكه، [٣٤٩/أ] فلا يستحقّ بها جميع قيمته مع بقائه على ملك المالكِ كالثوب.

وجه قولهما: أنها جنايةٌ)[١] على ملكه، فلم يكن من شرط ضمانها تسليم الملك، كالجناية على الثوب والمُدبَّر.

٢٦٥١ - [فَصْل: المزاحمة في الاستحقاق بالجناية]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا غصَب رجلٌ عبدًا، فقتل عبده قتيلاً خطأً، فرده على مولاه، فقتل عنده قتيلاً خطأً، ودفعه المولى بالجنايتين، رجع [على] الغاصب بنصف القيمة، ودفعه إلى ولي الأولى، ثم يرجع به على الغاصب فيسلم له.

وقال محمد وزفر: إذا أخذ نصف القيمة، لم يدفعها (إلى ولي الأولى)[٢].

وجه قولهما: أن الأوّل قد استحقّ جميع الرقبة، بدلالة أنه لو لم يجنِ، دُفِع إليه، وإنما يسقط حقّه عن بعضها بالمزاحمة، (وما أخذ المولى جزء من الرقبة)[٣]، فكان المجني عليه أولى به، كما لو قُتِل العبد الجاني، فأخذ المولى أرشه.

وجه قول محمد وزفر: هو أن نصف القيمة الذي أخذه المولى، بدلٌ عن النصف الذي أخذه ولي الجناية [الأولى]؛ (لأن ذلك النصف هو المُستحَق

(١) ما بين القوسين سقطت في ب.
(٢) في ب (إلى الأول).
(٣) في ب (وأما أخذ المولى من الرقبة).




بسبب كان في يد الغاصب، فلم يجز أن يسلم لولي الجناية)[1]، فيستحق بجناية واحدة الرقبة والبدل عنها.

٢٦٥٢ - [فَصل: تداخل الضمان بسبب واحدٍ]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا وطئ الرجل امرأةً بشبهةٍ، فأفضاها والبول لا يستمسك، فعليه الديَة ولا مهر لها.

وقال محمد: لها المهر والدية.

وجه قولهما: أن الديّة وجبت بدلاً عن البضع، والمهر في حكم العوض عن جزءٍ منه، وضمان الكلّ والجزء إذا تعلّقا بسببٍ واحدٍ، دخل أحدهما في الآخر، (كالأب يستولد جارية ابنه.

وأما إذا استمسك البول، فعليه ثلث الدية والمهر؛ لأن ضمان الجزء والجزء إذا تعلّقا بسببٍ واحدٍ، لم يدخل أحدهما في الآخر)[2].

لمحمد: أن المهر يجب باستيفاء المنفعة، والديَة تجب بالجناية، وهما أمران مختلفان، فلا يدخل أحدهما في الآخر؛ ولأن المهر يجب بالتقاء الختانين، والديّة تجب بالإفضاء، وذلك يكون بمجاوزته الموضع المعتاد، فتعلّق كلّ واحدٍ منهما بسببٍ غير السببِ الآخر.

وإنما أوجبوا جميع الدية إذا لم تستمسك البول؛ لأن منفعة العضو ذهبت، ففوات المنفعة كتلف العضو، مثل ذهاب ضوء العين.

---

(١) ما بين القوسين سقطت في ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت في ب.

فأما إذا كان البول يستمسك، فلم تتلف منافع العضو، وإنما هي جراحةٌ جائفةٌ، فيجبُ فيها ثلث الدية.

وأما إذا زنىٰ بامرأة مطاوعةٍ، فأفضاها، فلا شيء عليه، وكذلك إذا وطئ زوجته فأفضاها؛ لأن الوطء مأذونٌ فيه في مسألتنا من جهتها، فلا يضمن ما يتولّد منه من التلف كالبكارة.

وكذلك لو وطئ زوجته فماتت، فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه مأذونٌ [له] في الوطء من جهتها، فلا يضمن ما يتولّد منه.

وقال أبو يوسف: إن ماتت من وطئه فعلىٰ عاقلته الدية، وإن أفضاها والبول لا يستمسك، فالديَة في ماله، وإن استمسك، فثلث الديَة في ماله؛ وذلك لأنه مأذونٌ في الوطء المعتاد، فالموت والإفضاء (إنما يكون بمجاوزة المعتاد)[1].

وإنما جعل الديَة في الموت علىٰ العاقلة، وفي الإفضاء في ماله؛ لأن الإفضاء يكون باعتماد التجاوز، والموت يكون غير مقصودٍ بالفعل، فصار في حكم الخطأ.

وقد قالوا جميعًا: إنه لو كسر فخذها، ضمن؛ لأن هذا غير متولّدٍ من الوطء المأذون.

قال أصحابنا: إذا ضرب الزوج امرأته لنشوزٍ أو نحوه، فماتت منه، فهو ضامنٌ؛ (لأنه يستوفي منفعةً فيه)[2]، فكان علىٰ شرط السلامة.

وأما إذا ضرب الأب أو الوصي الصبي للتأديب، ضَمِنا عند أبي حنيفة.

---

(١) في ب (لا يكون إلا بمجاوزة المعتاد).

(٢) في ب (لأنه يستوفي في ذلك منفعة نفسه).

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمنان.

لأبي حنيفة: أن الأب يضرب الصبي لمنفعةٍ تعود إليه، ألا ترىٰ أن في تأديب ابنه منفعةً له، فكان علىٰ شرط السلامة كضرب الزوجة.

وجه قولهما: أن الأب إنما يضرب الصبي لمنفعة الصبي، فكان كتعزير الإمام.

وقالوا جميعًا في المعلم والأستاذ الذي يُسلَّم الصبي إليه في صناعةٍ: إذا ضرباه بغير أمر أبيه أو وصيه ضمنا؛ لأنه لم يؤذن لهما في الضرب.

وأما إذا ضرباه بإذن الأب أو الوصي، لم يضمنا؛ لأنهما لم يضرباه لمنفعتهما، وإنما هو لمنفعته، فلم يضمنا.

٢٦٥٣ـ [فَصْل: فيما لا قصاص فيه علىٰ الولي ولا علىٰ الشهود]

قال أصحابنا: في الشهود إذا شهدوا علىٰ رجلٍ بالقتل، فحكم الحاكم بشهادتهم، فقتله الوليّ، ثم رجعوا، أو جاء (المشهود عليه)[١] حيًّا: فلا قصاص علىٰ الولي، ولا علىٰ الشهود[٢].

وقال الشافعي: علىٰ الشهود القصاص[٣].

لنا: أنهم صاروا سببًا في الإتلاف [من] غير إلجاءٍ، كحافر البئر؛ ولأنه شاركهم مختارًا، لا قود عليه بنفس الفعل، وهو الولي، فحل محلّ المُخطئ والعَامِد[٤].

---

(١) في ب (المشهود بقتله).

(٢) انظر: مختصر الطحاوي ٣٤٧، ٣٥٠.

(٣) انظر: مختصر المزني ص٣١٢؛ رحمة الأمة ص٢١٤.

(٤) في ب (والعاقد).




وعليهم الديَة؛ وذلك لأنهم سببٌ في الإتلاف على طريق التعدّي كحافر البئر، ولا يرجعون بذلك على الولي في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لهم الرجوع بما غَرِموا على الولي.

لأبي حنيفة: أن الشهود أوجبوا للولي دم العمد، وذلك ليس بمال ولا متقوم؛ بدلالة أنه يستوفى من الحرّ[1]، ولا يضمن من أتلفه، فلا يتعلّق به حقّ الغرماء، فلم يجز تقويمه على المشهود له في [حقّ] الشهود؛ لأنا نلزمه لهم ما لم يوجبوه؛ ولأن الدم لا ينتقل إلى الشهود [بالضمان][2]؛ إذ لا قيمة له، فهو مثل الطلاق، ولأنه لا يجوز أن يستحقه غير القاتل، ألا ترى أن أجنبيًا لو بذل المال للولي على أن يكون الدم له، لم يصحّ ذلك، فإذا لم ينتقل إليه، لم يجز أن يرجع بما ضمن على الغير إلا بغرور متقدم، ولم يوجد ذلك، فلا يرجع.

وجه قولهما: أن الدم قد انتقل مالاً للثاني، فكان للولي الخيار بين تضمين الشهود، وبين تضمين القاتل، فإذا اختار ضمان الشهود، كان لهم أن يَرجعوا على القاتل، مثل أن يكون المُوجَب بالشهادة المال.

٢٦٥٤ - [فَصْل: فيما لا قصاص فيه على أحد الجانيين]

قال أصحابنا في الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الابن: لا قصاص على الأجنبي.

وقال الشافعي: عليه القصاص[3].

---

(١) في ب (في رقبة الحر).

(٢) في أ (إلا بالضمان) بزيادة (إلا)، وسقطت في ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) وقال الشافعي: «أو قتل ابنه ومعه أجنبي، فعلى الذي عليه القصاص، القصاص، وعلى الآخر=

لنا: أنه شاركه في القتل مختارًا، لا قود عليه بنفس الفعل، فصار كالمخطئ والعامد؛ ولأنّ خروج النفس لا يتبعّض، فإذا اشتركا فيه، فكأن الأب استوفى جميع النفس؛ ولهذا لا يوجب على من شاركه بخطأ؛ لأن جميع النفس المستوفاة على وجه الخطأ، فلا يجب على المتعمد فيها القصاص.

(وأما إذا اشتركا وهما عامدان، ثم عفي عن أحدهما، فالمشهور: أن الآخر يجب عليه القصاص)[1]؛ لأن القصاص وجب عليهما، وسقط في أحدهما بمعنى طارئٍ، فلا يسقط في حقّ الآخر، كما لو مات أحد القاتلين.

وذكر في المنتقى عن أبي يوسف: أنه لا قصاص على واحدٍ منهما؛ [٣٤٩/ب] لأن العفو لما أسقط القصاص عن أحدهما، فكأن جميع النفس مستوفاة بفعله[2].

(تم كتاب الجنايات ولله الحمدُ والمنةُ، وعلى نبيِّهِ أفضل الصلواتِ)[3]



= نصف الدية في ماله، وعقوبة إن كان الضرب عمدًا». مختصر المزني ص٢٤٠. انظر: المنهاج ص٤٧٣.

(١) ما بين القوسين سقطت في ب.

(٢) انظر الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٥٧١ وما بعدها؛ القدوري ص ٤٤١ ـ ٤٦٢.

(٣) في ب (آخر كتاب الجنايات).

[٦٥] كتابُ الحدودِ

قال الشيخ أيّده الله تعالىٰ: الحد في اللغة: عبارة عن المنع، ومنه سمي البوّاب حدّادًا؛ لما يقع به من المنْع، وسُمِّي اللفظ الذي يفيد المعنىٰ ويجمعه: حدًّا؛ لأنه يمنع من دخول غيره فيه، ولما كانت العقوبة موضوعةً للمنع من الفعل المنهي عنه سميت حدًّا لهذا المعنىٰ.

والحدّ في الشريعة: كلّ عقوبةٍ مقدّرةٍ تستوفىٰ لحقّ الله تعالىٰ؛ ولهذا لم يسمّ القصاصُ حدًّا وإن كان عقوبةً؛ لأنه يستوفىٰ لحقّ الآدميّ.

والتعزير ليس بحدٍّ؛ لأنه ليس بمقدَّرٍ.

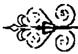
فالحدود علىٰ ضربين: ضرب منها يأتي علىٰ النفس: وهو الرجم، والقتل بالردة، وبقطع الطريق.

والضرب الثاني لا يأتي علىٰ النفس: وهو الجلد في الزنا، وحدّ قاطع الطريق إذا لم يقتل، وحدّ السارق، وحدّ الشارب، وحدّ القاذف.

وكلّ واحدٍ من هذه الحدود قد أفرده في الكتاب، وبدأ بحدّ الزنا:

وهو علىٰ ضربين: حدّ مُحصَنٍ، وحدّ غير مُحصَنٍ، فحدّ المُحصَن: الرجم، وحدّ غير المُحصَن: الجلد.

وقالت الخوارج: حدّ الزاني الجلد لكلّ حالٍ، ولا يرجم.




لنا: ما روي: «أن النبي ﷺ رجم ماعز بن مالك، ورجم الغامدية»[1].

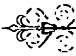
وروى زيد بن خالد الجهني، وشبل بن [خالد][2]، وأبو هريرة: أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ وقال: إن ابني كان عسيفًا[3] على هذا، وأنه زنى بامرأته، فافتديته بمائة شاةٍ، ثم استفتيت قومًا من أهل العلم، فقالوا: على ابني الحدّ، فقال النبي عليه السلام: «**أما المائة فردٌّ عليك، وأما ابنك فعليه جلد مائةٍ، واغد يا أُنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»[4]، فأوجب عليها الرجم إذا اعترفت؛ لأنها كانت مُحصَنةً.

وروى عبادة بن الصامت: أن النبي ﷺ قال: «**خذوا عني، (خذوا عني)**[5]، **قد جعل الله لهنّ سبيلاً، الثيبُ بالثيب جلد مائةٍ (ورجمٌ بالحجارة، والبكر بالبكر جلد مائةٍ)**[6] **وتغريب عامٍ**»[7].

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال [على المنبر]: (أليس مما أنزل الله تعالى آية الرجم: «الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة»، وسيجيء قومٌ ينكرون الرجم، ولولا أن يقال: إن عمر زاد في كتاب الله، لكتبتها في المصحف)[8].

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٥)، من حديث بريدة بن حصيب رضي الله عنه.
(٢) في النسختين (معبد)، والصواب المثبت (شبل بن خالد) كما في سند الحديث.
(٣) «العسيف: الأجير». مختار الصحاح/عسف/.
(٤) رواه من حديث زيد وأبي هريرة: البخاري (٢١٩٠)؛ ومسلم (١٦٩٧)؛ ورواه من حديث أبي هريرة وزيد وشبل بن خالد: الترمذي (١٤٣٣)؛ وقال: «حسنٌ صحيحٌ»، ولكنه وَهَّم ابن عيينة في زيادته في الإسناد «شبل بن معاوية».
(٥) سقطت من ب.
(٦) سقطت من ب.
(٧) أخرجه مسلم (١٦٩٠).
(٨) أخرجه البخاري (٦٤٤١)؛ ومسلم (١٦٩١).

فدلّ هذا على وجوب الرجم، وهذا إجماع الفقهاء.

[ولما منعت الخوارج من قبول الأخبار، امتنعوا من الرجم كذلك.

٢٦٥٥ـ **فَصل: [الجمع بين الجلد والرجم]**

وقد قال أصحابنا: لا يُجمع بين الجلد والرجم، وهو قول عامة الفقهاء][(١)].

وقال أصحاب الظاهر: يجلد المُحصَن، ثم يرجم[(٢)].

لنا: ما روي (أنّ النبي ﷺ رجم ماعزًا ولم يجلده)[(٣)]؛ ولأن الجلد حد بنفسه، فلا يُضمّ إلى الرجم كالقطع.

فأما حديث عبادة: أن النبي ﷺ قال: «**البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب الجلد والرجم**»[(٤)]، فمعناه: الجلد تارةً، والرجم تارةً؛ لأن الثّيب على ضربين: ثيب مُحصَنٌ، وثيب غير مُحصَنٍ، فذكر حدّ الثيب في الحالتين، يبيّن ذلك أنه قال في قصة العسيف: «**واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»[(٥)]، ولم يذكر جلدها.

والذي روي عن علي رضوان الله عليه: أنه جلد شراحة الهمدانية، ثم رجمها، وقال: (جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ)[(٦)]، فيجوز

(١) انظر: الأصل ١٤٥/٧.
(٢) انظر: المحلى لابن حزم ص٢١٢٧.
(٣) أخرجه أحمد والبيهقي من حديث جابر بلفظ (.. ولم يذكر جلداً) كما في التلخيص الحبير ٥٢/٤.
(٤) أخرجه مسلم من حديث عبادة بن الصامت (١٦٩٠).
(٥) أخرجه البخاري (١٢٩٠)، ومسلم (١٦٩٧) من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد رضي الله عنهما.
(٦) أخرجه البخاري (٦٤٢٧).




أن يكون لم يثبت إحصانها، فلما جلدها أقرت بالإحصان.

٢٦٥٦ - [فَصْل: حَدُّ البِكْر]

وأما [البكر][1]، فحدّه الجلد، ولا يُغرّب[2] على طريق الحدّ، فإن رأى الإمام (أن يفعل)[3] ذلك على طريق التعزير، فعله[4].

وقال الشافعي: يجمع بين التغريب والجَلْد على طريق الحدّ[5].

لنا: قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، وهذا بيانٌ لجميع الأحكام، فلا يجوز الزيادة فيه إلا بما يساويه في النقل؛ ولأن (النفي)[6] حدٌّ بنفسه في قاطع الطريق، فلا يضمّ إلى الجلد على وجه الحدّ كالقطع.

وأما قوله ﷺ: «**البِكْر بالبِكْر جلد مائةٍ وتغريب عام**»، فهذا عندنا منسوخٌ بالآية؛ لأنها نزلت بعده، ألا ترى أن حدّ الزنا كان في الأصل الأذى بالكلام، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذَانِ يَأْتِيَـٰنِهَا مِنكُمْ فَـَٔاذُوهُمَا﴾ [النساء: ١٦]، ثم نسخ ذلك بالحبس، فقال تعالى: ﴿وَٱلَّـٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ فَإِن شَهِدُوا۟ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى ٱلْبُيُوتِ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ

---

(١) في أ (الثيب)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.
(٢) التغريب من غرَّب: الإبعاد، والمقصود بالتغريب هنا: «النفي عن البلد». كما في مختار الصحاح (غرب).
(٣) سقطت من ب.
(٤) انظر: الأصل ١٤٥/٧.
(٥) انظر: مختصر المزني ص٢٦١؛ المنهاج ص٥٠٣؛ رحمة الأمة ص٢٣٠.
(٦) في ب (التغريب).

سَبِيلًا ﴾ [النساء: ١٥]، [ثم قال ﷺ: «**خذوا عني، فقد جعل الله لهنّ سبيلاً**»]، ولم يقل: خذوا عن القرآن، فدلّ على أن هذا كان سابقًا للآية، فنسخ بها.

والذي روي أنه ﷺ: جلد وغرّب، [وأبا بكر جلد وغرّب]، وأن عمر جلد وغرّب[١]، فقد روي [عن عليٍّ] أنه قال: «**كفى بالنفي فتنة**»[٢].

ويروى عن عمر رضي الله عنه: أنه نفى رجلاً، فلحق بالروم، فقال: (لا أنفي بعدها أحدًا)[٣]، فدلّ على أن النفي كان على طريق التعزير؛ إذ لو كان على وجه الحدّ، لم يجز تركه لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْآخِرِ ﴾ [النور: ٢].

وقد روي عن إبراهيم: أن عليًا وعبد الله اختلفا في أمّ ولدٍ يتوفى عنها سيدها، أو يعتقها، ثم تزني، فقال علي عليه السلام: تجلد مائةً ولا تنفى، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: تُجلد وتنفى[٤].



---

(١) أخرجه الترمذي (١٤٣٨)، وقال: «غريب»؛ وقال ابن حجر في التلخيص: «صححه ابن القطان، ورجح الدارقطني وقفه» (٤/٦١).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣١٣)

(٣) أخرجه النسائي (٥٦٧٦)

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣١٥)




بَابُ
صفةِ المُحْصَن



قال أيده الله تعالىٰ: الإحصان عندنا علىٰ ضربين: إحصانٌ يعتبر في وجوب الرجم علىٰ الزاني، وإحصان يُعتبَرُ في المقذوف لوجوب الحدّ علىٰ قاذفه.

فأما إحصان القذف، فنذكره في موضعه.

وأما إحصان الرجم: فهو عبارةٌ عن سبع شرائط عند أبي حنيفة ومحمد، وهي: البلوغ، والعقل، والإسلام، الحريَّة، والنكاح الصحيح، والدخول علىٰ وجهٍ يوجب الغسل من غير إنزال، وهما علىٰ صفة الإحصان.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: الإسلام ليس بشرطٍ، وهو قول الشافعي(١).

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يعتبر الدخول بها وهما علىٰ صفة الإحصان، وقال: إن المسلم إذا وطئ الكافرة صار بها مُحصَنًا.

وروي عنه: أن الوطء إذا حصل قبل الحرية، ثم أعتقا، صارا مُحصَنين بالوطء المتقدم.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن الإحصان يعبّر به عن الإسلام، قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، يعني: فعليهن نصف ما علىٰ المحصنات من العذاب،

(١) انظر: الأم ص١٢٤٩؛ المنهاج ص٥٠٣؛ رحمة الأمة ص٢٣٢.

يعني: فعليهن نصف ما على الحرائر، فدلّ على أن الإحصان [٣٥٠/أ] اسم للإسلام وللحرية، وقد يعبر به عن النكاح، قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]، يعني: ذوات الأزواج.

فإذا ثبت هذا قلنا: يُعتبر البلوغ والعقل؛ لقوله ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق...**»[١]؛ ولأن الحدّ عقوبةٌ، والصبيّ والمجنون لا يستحقان العقوبة.

وأما الحريّة؛ فلما بيّنا أن الإحصان اسمٌ للحرية؛ ولأن الله تعالى قال في الإماء: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، فأوجب عليهنّ عقوبة تتبعّض، والرجم لا يتبعّض.

وأما النكاح؛ فلما بيّنا: أن الإحصان يعبر به عن النكاح؛ ولأن النبي ﷺ قال: «**البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام**»[٢]، والبكر عبارةٌ عمّن لم تتزوج، فدلّ على أن النكاح من شرائط الإحصان.

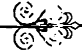
وإنما اعتبر الدخول؛ لقوله ﷺ: «**والثيب بالثيب الجلد والرجم**»، وهي[٣] عبارةٌ عن الواطِئ والموطوءة.

وإنما اعتبرنا الوطء الذي يوجب الاغتسال من غير إنزال؛ لأن الوطء الذي يصير [به] ثيبًا هو الوطء في الفرج، فأما الوطء في غير الفرج فلا يصير به ثيّبًا.

فأما الإسلام؛ فوجه قول أبي حنيفة [ومحمد]: قوله ﷺ: «**من أشرك بالله**

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢).
(٢) أخرجه مسلم (١٦٩٠).
(٣) في ب (والثيب).

فليس بمُحصَنٍ»(١) ؛ ولأن الإسلام شرطٌ في إحصان القذف مع قلة شرائطه ؛ فلأَن يكون شرطًا في إحصان الرجم مع كثرة شرائطه ، وهو مما يمكن اعتباره أولىٰ .

ولا يلزم علىٰ هذا العفّة عن فعل الزنا ؛ أنها شرطٌ في إحصان القذف ، وليست بشرطٍ في إحصان الرجم ؛ لأن ذلك لا يمكن اعتباره ، ألا ترىٰ أنه يستحيل أن يشترط في الزاني العفة عن فعل الزنا .

لأبي يوسف(٢): ما رُوي (أن النبي ﷺ رجم اليهوديين)(٣) ؛ ولأن الرجم عقوبةٌ ، والكافر أَدْخَل في العقوبات من المسلم .

وأما الدخول وهما علىٰ صفة الإحصان ؛ فلأن كلّ وطءٍ لا يوجب الإحصان لأحد الواطئين ، لا يُوجب للآخر كوطء المملوكين .

وعلىٰ الرواية الأخرىٰ: أن كلّ وطءٍ لا يوجب الإحصان عند [وجوده](٤) ، لا يوجبه في الثاني ، كوطء المولىٰ .

لأبي يوسف(٥): أن الحرّ المسلم إذا وطئ الأمة أو الكافرة ، وقد كملت شرائط الإحصان فيه ، ففقد الشرائط في الموطوءة لا يمنعُ من وجوب الحدّ علىٰ الواطئ .

وأما الرواية الأخرىٰ فقال: إنه إذا وطئها وهُمَا كافران أو مملوكان ، فقد

---

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (١٤٧/٣) من حديث ابن عمر ﵄ ، وقال: «الصواب وقفه» .

(٢) في ب (وجه قول أبي يوسف) .

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٥٠) ؛ ومسلم (١٦٩٩) ؛ من حديث ابن عمر ﵄ .

(٤) في أ (وجوبه) ، والمثبت من ب .

(٥) في ب (وجه قول أبي يوسف) .

تمت شرائط الإحصان إلا الإسلام أو الحرية، فإذا وجد ذلك، كملت الشرائط، فلا معنىٰ لاعتبار شرطٍ آخر.

قال: فإن ثبت إحصان الزاني بإقراره، أو ببيِّنةٍ قامت عليه، فهو سواء، يُرجم؛ وذلك لأن المقِرّ غير متهمٍ علىٰ نفسه في إقراره، والبيّنة غير متهمةٍ عليه، فإذا ثبت الإحصان بأحدهما، وجب الحدُّ.

قال: وإن كانت البينة شهدت أنه تزوج امرأةً ودخل بها، أو جامعها، أو باضعها، فهو مُحصَنٌ عند أبي حنيفة، وينوبُ هذا عن قوله وطئها في الفرج.

وقال محمد: إذا قالوا: دخل بها، فإنه لا يكون مُحصَنًا، ولم يذكر قول أبي يوسف، وهو مع أبي حنيفة.

أما إذا قالوا: جامعها؛ فلأن الجماع اسم للوطء في الفرج، (فإذا قالوا: باضعها؛ فالمباضعة مفاعلةٌ من البُضع، وذلك لا يكون إلا بالوطء في الفرج)[1].

وأما إذا قالوا: دخل بها، فوجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف[2]: أن الدخول إذا أضيف إلىٰ النساء، لم يفهم منه إلا الوطء، وإن كان مشتركًا في الأصل، ألا ترىٰ أن الوطء مشتركٌ، وإذا أضيف إلىٰ النساء زال الاشتراك، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فالمراد بذلك: الوطء في الفرج.

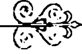
لمحمدٍ[3]: أن الدخول قد يعبّر به عن الاجتماع، ولهذا لو شهد شهود الزنا

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (فوجه قولهما).

(٣) في ب (وجه قول محمد).

أنه دخل بها لم يقبل ؛ لما فيه من الاحتمال ، وهذا ليس بصحيح ؛ لأنهم لو شهدوا أنه جامعها أو وطئها ، لم يقبل في الزنا حتىٰ يقولوا : جامعها في الفرج ، أو وطئها في الفرج ، وذلك لا يعتبر في الإحصان ، فدلّ علىٰ الفرق بينهما .

قال : فإن لم يشهد الشهود علىٰ الدخول ، وكان له منها ولدٌ ، فهي مُحصَنةٌ ، وهو بها مُحصَنٌ ، كفىٰ بالولد شاهداً ؛ وذلك لأنا حكمنا بثبوت نسب الولد منه ، وثبوت النسب أدلّ علىٰ الوطء من الشهادة ، فإذا ثبت الإحصان بالشهادة ، فثبوت النسب أولىٰ[1] .



(١) انظر : الجامع الصغير (مع شرح الصدر الشهيد) ص ٣٧٠ وما بعدها ؛ شرح مختصر الطحاوي (للرازي) ١٤٣/٦ وما بعدها ؛ القدوري ص ٤٦٥ وما بعدها .

بَابُ
صفةِ الزنا

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: الزنا: أن يطأ الرجل المرأة في الفرج أو وطئاً متعريًا[1] من نكاحٍ أو ملكٍ أو شبهةٍ من أحدهما، ويجاوز الختانُ الختانَ، فإن لم يكن علىٰ ذلك في جميع ما ذكرنا، فليس بزنًا وإن كان الوطء محرمًا، و[ليس] في شيءٍ مما ذكرنا من هذه الجملة خلاف بين أصحابنا.

والدليل علىٰ أن الزنا هو الوطء في الفرج: أن ماعزًا لما أقرّ بالزنا عند رسول الله ﷺ استفسر حتىٰ قال: «**كالميل في المكحلة، والرشاء في البئر**»[2]؛ ولأن الزنا في اللغة مأخوذٌ من الزناء، وهو الضيق[3]، وذلك لا يوجد إلا في الفرج.

وإنما اعتبر مجاوزة الختان؛ لأن المخالطة لا تكون إلا بذلك، وما دون المخالطة ملابسة لا يتعلق بها أحكام الوطء: من الغسل، وفساد الحج، وكفارة رمضان؛ ولأن ما يتعلّق به الحد يعتبر فيه أعالي[4] النوع، وهذا لا يوجد في الوطء إذا لم يجاوز الختانُ الختانَ.

وإنما اعتبرنا تعري الوطء عن العقد؛ لأن اسم الزنا مأخوذ من اللغة، وأهل اللغة لا يسمون ما صدر عن عقدٍ زنا، ألا ترىٰ أنهم كانوا يستحلون نكاح امرأة الأب ولا يسمون ذلك زنا.

---

(١) في ب (معتبرًا).
(٢) رواه بهذا اللفظ أبو داود (٤٤٢٨) من حديث أبي هريرة، وصححه ابن حبان (٤٣٩٩).
(٣) انظر: المعجم الوسيط (زنأ).
(٤) في ب (أعلىٰ).




وأما تعرّيه عن الملك ؛ فلأن الملك سببُ الإباحة ، والوطء إذا وجد مع سبب الإباحة ، فليس بزنا.

وأمَّا تعرّيه عن الشُّبْهة ؛ فلقوله ﷺ: «**ادرَؤُوا الحدود بالشبهات**»(١) ، والشبهة على ضروبٍ: فالعقد شبهةٌ عند أبي حنيفة ، حلالاً كان أو حرامًا ، اتفق على تحريمه أو اختلف فيه ، علم الواطئ أنه محرمٌ أو جهل ، وهو قول زفر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا تزوج نكاحًا مجمعًا على تحريمه ، مَحْرَمًا كانت المرأة أو غير مَحْرَمٍ ، والواطئ يعلم أنها حرام ، فليس ذلك شُبْهةً ، وعليه الحدّ في ذلك الوطء ، وإن كان لا يعلم فلا حدّ عليه ، وهذا كنكاح ذوات المحارم ، والخامسة ، وأخت المرأة.

لأبي حنيفة(٢): أن هذا الوطء لا يسمى زناً ، ألا ترى أن الجاهلية كانوا يستحلون نكاح الأختين ، والخمسة ، وامرأة الأب ، ولا يسمون ذلك زنا ، والأسماء لا تتغيّر بالشرع ، والحدّ ورد في الزنا ، [٣٥٠/ب] فلا يجوز أن يلحق به ما ليسَ من نوعه ، كما لا يلحق بحدّ السرقة المختَلِس والمُنتَهِب ؛ ولأن هذه الأنكحة قد حَلّت في شرائع من [كان] قبلنا ، ولم يحل الزنا في شريعةٍ من الشرائع ، فدلّ على أنها ليست بزنا ؛ ولأن المجوس يستحلّون نكاح الأمهات والبنات ، ولا تسميهم العرب زناةً ولا أولاد الزنا.

وجه قولهما: أنه وطءٌ مجمعٌ على تحريمه على التأبيد في غير ملكٍ ، فتعلّق به الحدّ كالزنا ؛ ولأن الشبهة تعود إلى الاشتباه ، وهذا مما لا يشتبه.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٤٢٤) من حديث عائشة ﵂ ، وحكى الترمذي الاختلاف في رفعه ووقفه ، ورجَّح الوقف.

(٢) في ب (وجه قوله).

وأما إذا كان لا يعلم بالتحريم، فلا حدّ عليه عندهما؛ لأن الشرعيات لا يثبت حكمها إلا بالسمع، فإذا لم يعلم بالتحريم لم يجب الحدّ، وقد روي عن سعيد بن المسيب: أن رجلاً تضيفَ أهل بيتٍ باليمن، فأصبح يحدث أنه زنىٰ بربّة منزله، فكتب فيه إلىٰ عمر، فكتب فيه: (إن كان يعلم أن الله حرم الزنا، فاجلدوه، وإن كان لا يعلم، فعلموه، فإن عاد فاجلدوه)(١).

قال: فإن كان النكاح مما يختلف العلماء فيه، مثل النكاح بغير وليٍّ وما أشبه ذلك، فلا حدّ فيه وإن كان عنده أنه محرمٌ، إذا كان بعض الفقهاء يجيزه، فهو شبهة ولا حدّ عليه، وهذا كالنكاح بغير شهودٍ؛ (لأن مذهب)(٢) من يُسقط الحدّ يكون شبهةً؛ ولأنه اجتمع المُوجب والمُسقط، فالحكم للمُسقط.

وذكر بعدَ(٣) هذا العقد المتفق علىٰ تحريمه والخلاف فيه، وقد بيّناه.

قال: وقال أبو حنيفة: يعزّره الإمام ولا يبلغ به أربعين سوطًا؛ وذلك [لأنه أتىٰ أمرًا منكرًا ليس فيه حدٌّ](٤)، فيجب فيه التعزير، وقال في موضع آخر من الأصل: إذا تزوج أمةً علىٰ حرةٍ، أو تزوج مجوسيةً، أو تزوج خمسًا في عقده، أو تزوج امرأةً بغير شهودٍ، أو أمةً بغير إذن مولاها، [ودخل بها، أو كان عبدًا فتزوج امرأةً بغير إذن مولاه]، فأقرّ عند الإمام بذلك أنه فعله وهو يعلم أنه عليه حرام، [هل يحدّ](٥)؟

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٣٦٤٣)؛ والبيهقي في الكبرىٰ (١٦٨٤٣).

(٢) في ب (لأن مذهب الشافعي)، بزيادة (الشافعي)، والسياق لا يقتضيها، كما أن الشافعي لا يرىٰ صحة النكاح بغير الشهادة. انظر: الأم ص٨٨٥ (بيت الأفكار).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في أ (لأنه أقل منكر في الشريعة)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٥) في أ (أن يحد)، والمثبت من ب.



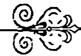

قال: ليس في شيءٍ من هذا حدٌّ ؛ لأن هذا نكاحٌ ، والحدّ يدرأ بالشبهة ، وهو قول أبي حنيفة.

وقالا[1]: يُحدّ في ذات الرَّحِم المَحْرَم ، ويحدّ في ذلك كله ، ولا [يعذر][2] في ذلك بالنكاح ، وهذا إنما يعود إلىٰ ذوات المحارم والخامسة ، وأما تزويج الأمة علىٰ الحُرّة ، فمختلف فيه ، وكذلك نكاح العبد بغير إذن مولاه ، ونكاح الأمة بغير إذن سيدها[3] ، ليس بمحرّمٍ علىٰ التأبيد ، وهما شرطا في [وجوب الحدّ] أن يكون الوطء محرمًا علىٰ التأبيد ، والوطء بغير شهودٍ مختلف في تحريمه ، [فهذه الشُّبَه اللاتي تعود إلىٰ العقد][4].

وقد تعود الشبهةُ إلىٰ المِلْك: مثل الجارية المشتركة ، وجارية الابن ، وجارية المكاتب ، وتارة تكون الشبهة لمعنىٰ يعود إلىٰ الاشتباه: مثل من زفّت إليه غير امرأته ، وقد تكون الشبهة في المال: مثل جارية الزوجة ، وجارية المولىٰ إذا وطئها العبد ، والكلام في هذا يأتي في موضعه.

قال: وإن كان الوطء نفسه مما يختلف فيه أهل العلم أو لا يختلفون إذا كان ذلك وطئاً لامرأةٍ صحيح نكاحها ، أو كان وطئاً بمِلْكِ يمين ، فإنه لا حدّ عليه ، وذلك مثل أن يطأ امرأةً أو جاريةً له وهي حائضٌ أو نفساء ، أو صائمة في رمضان ، أو مُحْرِمة بحجة الإسلام ، أو قد ظاهَر منها أو آلىٰ ، أو تزوجت ولها زوجٌ ، ففُرِّق بينهما واعتدَّتْ ، أو لم يفُرَّق بينهما ، أو وطئت بشبهة فوجب عليها العدة من ذلك

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).
(٢) في أ (يعتبر) ، والمثبت من ب.
(٣) في ب (مولاها).
(٤) في أ (فهذا الشبه يعود إلىٰ العقد) ، والمثبت من ب.

الوطء، فوطئها زوجها الأوّل وهو يعلم أنها تحت زوجٍ، أو قد تزوجت، أو هي في عدةٍ من غيره، أو يطأ أمته وهي أخته من الرضاعة، أو أمه، أو غير ذلك مما يحرمه الرضاع، أو تكون [أمةً] قد وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين، أو يكون عنده أختٌ[1] قد وطئ أختها، والأخت في ملكه يحلّ وطؤها له، أو ذات رَحِمٍ مَحْرَم منها[2]، فيطَؤُها وهو يعلم أن وطْئَها عليه حرامٌ، أنه لا حدّ عليه في جميع ذلك.

(وكذلك إن وطئ أمته)[3] وهي مجوسيةٌ أو مرتدةٌ، أو كان قد كاتبها، فلا حدّ عليه في ذلك وإن علم بتحريم الوطء؛ وذلك لأن هذا وطءٌ في ملكٍ، فتحريمه لا يوجبُ الحدّ، كمن وطئ أمته وهي مريضةٌ أو صغيرةٌ لا توطأ.

ولأن النبي ﷺ أوجب في الوطء في حال الحيض الصدقة، ولم يوجب الحدّ، والمعنى فيه: أنه تحريمٌ عارض في الملك، وهذا موجودٌ في هذه المسائل.

قال: وكذلك إن وطئ جارية يملك بعضها، كائنًا ما كان البعض؛ وذلك لأنه وطءٌ في الملك، [فليس وجوب الحدّ لنصيب الشريك أولى من إسقاطه لأجل نصيبه؛ ولأنه يجتمع في الحدّ المعنى الموجب للحدّ والمسقط، فكان الحكم للمسقط، ولأنّ الوطء لا يتبعّض، فإذا حصل بعضه في الملك، فكأن جميعه في الملك]، وصار كالمخطئ والعامد لما كان خروج الروح لا يتبعّض، صار كأنّ جميعها خرجت على وجه الخطأ.

قال: وكذلك [إذا] وطئ جارية ابنه وهو يَعلم أن الوطء حرامٌ؛ وذلك لأن مال الابن مضافٌ إلى الأب؛ لأنه ملكه، قال ﷺ: «**أنت ومالك**

---

(١) في ب (أمة).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (وإن علم بتحريم أمته).

لأبيك»(١)، وأقلّ حال هذه الإضافة أن تفيد الشُّبْهة، وقال: «**إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم**»(٢)، وكسب الإنسان لا يجبُ فيه حدٌّ.

قال: وكذلك جارية مُكاتَبه؛ لأن مال المُكاتَب موقوفٌ عليه وعلىٰ مولاه، وما وقف علىٰ حكم(٣) ملك الإنسان فلا حدّ [فيه](٤).

وكذلك جارية عبده المأذون له في التجارة وعليه دين يستغرق رقبته وما في يده، أو ليس عليه دينٌ؛ وذلك لأن من أصل أبي يوسف ومحمد: أن المولىٰ مالكٌ لما في يده مع الدين، فلا يجبُ الحدّ في ملكه.

فأما علىٰ قول أبي حنيفة: وإن كان لا يملك؛ إلا أنه مختلفٌ في ملكه، وما اختلف في الملك فيه، لم يجب به حدٌّ كالنكاح المختلف فيه.

قال: وكذلك إن وطئ الجَدّ من قبل الأب وإن علا، كان بينه وبن المالك أبٌ أقرب منه أو لم يكن، فإنه لا حدّ عليه؛ وذلك لأن الجدّ له ولاءٌ، فحلّ محلّ الأب.

قال: إلا أنه إذا ادَّعىٰ نسب الولد، لم يثبت منه نسبه ولم يحد؛ لأن ثبوت النسب إنما يكون للولاية الثابتة في حال الصغر في نقل الجارية إليه، فإذا بلغ لم ينفسخ حكم تلك الولاية في باب الاستيلاد، والجَدّ لا ولاية له مع الأب، فلم

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) من حديث جابر رضي الله عنه، قال البوصيري في مصباح الزجاجة: «هذا إسنادٌ صحيحٌ رجاله ثقات، علىٰ شرط البخاري، وله شاهد من حديث عائشة، رواه أصحاب السنن وابن حبان في صحيحه» (٣/٣٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٢٩)؛ والترمذي (١٣٥٨) وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٤٤٥٠)، وابن ماجه (٢٢٩٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في أ (عليه) والمثبت من ب.

يثبت نسب الولد منه.

فإن لم يكن أب أقرب منه، ثبت نسبُ ولده؛ وذلك لأن الولاية ثابتة له في هذه الحالة، كثبوتها للأب.

قال: وكذلك الرجل من الغانمين يطأ جاريةً من المغنم قبل القسمة، بعد أن أخرجت الغنائم إلىٰ دار الإسلام، فلا حدّ عليه وإن علم أنها حرامٌ.

وكذلك إن كان في دار الحرب؛ وذلك لأن الغنيمة مشتركةٌ بين الغانمين؛ [٣٥١/أ] لأن الحقّ يثبتُ فيها بالأخذ لكلّ واحدٍ منهم، ويستقرّ بالحيازة، ويُملَك بالقسمة، ولكلّ واحدٍ منهم حكم الملك[١]، فلا يجب عليه الحدّ.

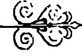
قال: ولا يثبت نسب الولد؛ لأنه لا يملك الغنيمة إلا بالقسمة، وإنما يثبت له فيها حق أن يتملك، وهذا المعنىٰ لا يوجب ثبوت النسب.

قال: والوطء في الدبر ليس بزنا عند أبي حنيفة في أنثىٰ كان أو في ذكرٍ، ولا يوجب حدًا، ويوجب التعزير.

وهو عند أبي يوسف ومحمد: بمنزلة الوطء في الفرج، [يُوجب من الحدّ ما يوجب الزنا][٢].

لأبي حنيفة[٣]: أن هذا الوطء لا يسمىٰ في اللغة زنا، ألا ترىٰ أنهم خَصُّوه باسمٍ، وهذا التخصيص يعلم به نفي الاشتراك، ألا ترىٰ أنهم سمّوا شخصًا

(١) في ب (المالك).
(٢) في أ (يوجب من الحد فيه ما يوجب في الزنا)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.
(٣) في ب (وجه قوله).

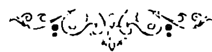
حمارًا، وشخصًا فرسًا، فعلم بذلك أن كلّ واحدٍ منهم لا يسمىٰ باسم الآخر وإن لم تنص العرب علىٰ ذلك، وإذا لم يكن زنًا، لم يجز[1] أن يلحق بحد الزنا، كما لا يلحق به الوطء بالشبهة؛ ولأن هذا الوطء لا يوجبُ المال بحالٍ، فلا يتعلّق به الحدّ كالوطء فيما دون الفرج.

وجه قولهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**اقتلوا الفاعل والمفعول به**»[2]، وروي أن رجلاً وُجد باليمن يُنكَح كما تنكح المرأة، فكتب فيه إلىٰ أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فاستشار فيه الصحابة، فمنهم من قال: يقتل، ومنهم من قال: يُرمىٰ [به] من شاهق الجبل، ومنهم من قال: يُرمىٰ عليه حائطٌ[3].

والجواب: أن هذا محمولٌ علىٰ من فعل ذلك علىٰ وجه الاستحلال؛ بدلالة إيجاب القتل من غير فصلٍ بين مُحصَن وغيره، وهذا لا يكون إلا مع استحلال.

وقد قال أصحاب الشافعي: إن القتل يجب بكلّ حالٍ علىٰ أحد قوليه[4]، وهذا قولٌ خالف إجماع من تقدّمه، فلا يعتدّ به.

قال: وعليه التعزير؛ لأن القائل أحد قائلين: إما من أوجب الحد، أو من أسقط وأوجب التعزير، فإذا دلّلنا علىٰ سقوط الحدّ، ثبت التعزير بالإجماع.



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٤٦٢)؛ والترمذي (١٤٥٦) وقال: «في إسناده مقال»؛ وابن ماجه (٢٥٦١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٦٨٠٥)، وفيه (أن أبا بكر أمر بأن يحرق)، قال ابن حجر في الدراية (١٠٣/٢): «هو ضعيف جدًا».

(٤) انظر: المنهاج ص٥٠٣؛ رحمة الأمة ص٢٣٢.

بَابُ
الرجل يطأ امرأةً [لا تحلّ له] ويقول: ظننتها تحلّ لي [أو يقول: ظننتها امرأتي أو أَمَتي، ما يصدّق فيه، وما لا يصدّق]



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: جملة هذا الباب: أن الشُبهةَ إذا كانت في الموطوءة، أسقطت الحدّ، سواءٌ قال: ظننت أنها تحلّ لي، أو قال: علمت أنها [عليّ] حرامٌ.

وإن كانت الشبهةُ في الفعل: بأن قال: علمتُ أنها حرامٌ، حُدَّ، وإن قال: ظننت أنها حلالٌ، لم يُحدّ.

وذلك لأن الشبهة في الموطوءة موجودةٌ، سواءٌ علم بالتحريم أو لم يعلم، والشبهة في الفعل غير موجودةٍ إذا علم بالتحريم، فإذا قال: ظننت أنها حلال، فقد حصلت الشبهة، فمنعت الحدّ.

وجملة هذا: أن الشبهة في الفعل في سبع مواطن: جارية الأب، وجارية الأم، وجارية الزوجة، والمطلقة ثلاثًا ما دامت في العدة، وأم الولد ما دامت تعتد منه، والعبد إذا وطئ جارية مولاه، والجارية المرهونة في رواية كتاب الرهن(١).

وأربع مواضع لا يحدّ وإن قال علمت بالتحريم: جارية الابن، والجارية المبيعة إذا وطئها البائع قبل القبض، والجارية المتزوّج عليها إذا كانت في يد

(١) في ب (رواية في كتاب الرهن).

الزوج، والمطلقة طلاقًا بائنًا، والجارية بين شريكين.

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا وطئ الرجل جارية أبيه[١] أو زوجته، فعليه الحدّ، فإن قال: ظننت أنها تحلّ لي[٢]، فلا حدّ عليه، وإن قال: علمت أنها حرامٌ، حُدَّ.

أما إذا ادّعىٰ الشبهة؛ فلأن الابن يتبسط في مال أبيه، ويأكل [من] طعامِه، فيجوز أن يشتبه عليه الوطء، (وكذلك الزوج يتبسّط في مال زوجته، ويستخدم أمتها وينتفع بمتاعها، فيجوز أن يشتبه عليه الوطء)[٣]، ومن ادّعىٰ شبهةً واستندت دعواه إلىٰ ظاهرٍ، قُبِلَ قوله[٤].

وأما إن قال: علمت أنها حرامٌ، فقد زال الاشتباه، ولا شبهة في الموطوءة ولا في الفعل، فحُدّ.

قال: ولا يثبت نسب الولد في الوجهين جميعًا؛ لأنه لا شبهة له في الأمة، وإنما شبهته في الفعل، والشبهة في الفعل تسقط الحدّ ولا تثبت النسب؛ لأن النسب لا يتعلّق بالفعل، وإنما يتعلّق بالمفعول فيه.

قال: فإن حضرا جميعًا، فقال أحدهما ـ أيهما كان ـ: ظننت أن ذلك حلال لي، دُرئ عنهما [جميعًا] حتىٰ يقرّا جميعًا أنهما قد علما أن ذلك عليهما حرامٌ؛ وذلك لأن أحدهما إذا ادّعىٰ شبهةً خرج فعله من أن يكون زناً للشبهة، فخرج

---

(١) في ب (ابنه).

(٢) سقطت هذه الكلمة في ب.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) في ب (قبلت دعواه).

فعل الآخر أن يكون زنًا، وسقط الحدّ عنهما.

قال: وإن وطئ جارية أخيه أو أخته، أو ذي [رَحِمٍ] مَحْرَمٍ منه غير الولد والوالد والوالدة وولد الولد، حُدَّ وإن قال ظننتُ أنها تحل لي، ولم يُدْرأ عنه الحدّ.

وكذلك إن وطئ جارية ذات مَحْرَمٍ من امرأته؛ لأنه لا تبسّط له في مال هؤلاء، ولا شبهة في الموطوءة، والشبهة إذا لم توجد في الفعل ولا في المفعول، وجب الحدّ.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا، ثم وطئها، وقال: ظننت أن وَطْئَها يحلّ لي، لم يحدّ، وإن قال: علمت أنها عليّ حرامٌ، حُدّ؛ وذلك لأن العدّة من أحكام الملك، فيجوز أن يشتبه عليه أن حكم الملك كالملك في إسقاط الحدّ، ومن ادّعى شبهةً استندت إلى ظاهر، قبلت دعواه.

وأما إذا قال: علمت أنها عليّ[١] حرام، ولا ملك له فيها، ولا شبهة في الفعل، فوجب الحدّ.

ولا يجوز أن يعلّل سقوط الحد؛ باختلاف الناس في وقوع الطلاق الثلاث؛ لأن هذه المسألة لا يسوغ الاجتهاد فيها عندنا، فلا يتعلق بالخلاف فيها حكمٌ؛ ولهذا قالوا: إنه لو وطئها بعد انقضاء العدة، حُدَّ وإن قال ظننت أنها حلال، ولو كان الحكم يتعلق بالخلاف، لم يجب الحدّ.

(قال: وإن كان إنما طلقها واحدةً بائنةً، لم يجب عليه الحدّ)[٢] وإن قال

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

إنها حرام عليّ ؛ لأن السلف اختلفوا في الواحدة البائنة ، هل يزيل الملك أو لا ؟ والاختلاف في ذلك يوجب اختلافًا في الفعل ، هل هو زنًا أو ليس بزناً ؟ ، فيمنع ذلك من وجوب الحدّ.

فإن خالعها أو طلقها بعوضٍ ، فينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثًا ؛ لأنه لا خلاف في وقوع التحريم ، فلم يبق إلا الشبهة التي تعود إلى الفعل.

وقال ابن رستم (عن محمد: يُدرأ الحدّ عن هؤلاء الأربعة: من وطئ جارية أمّه أو أبيه أو زوجته ، أو كانت رهنًا عنده)(١).

إذا وطئ واحد منهم الأمة(٢) وقال: ظننت أنها تحلّ لي ، فإن كان عالمًا ضرب الحد ولم يصدق في [٣٥١/ب] قوله: ظننت أنها تحلّ لي ، وقد بَيّنّا حكم جارية الأب والأم والزوجة.

وأما المرهونة ، فذكر في كتاب الرهن: إذا قال: ظننت أنها تحل لي لا يحدّ ؛ وذلك لأنها محبوسةٌ للاستيفاء كالمبيعة.

وذكر في كتاب الحدود: أنه يحدّ وإن قال: ظننت أنها حلالٌ ؛ لأنه لا ملك له فيها ولا حكم ملك ، وإنما يثبت له حقّ الاستيفاء ، فصار كالغريم إذا وطئ جارية الميت.

وقال محمد: إن وطئ جارية ابن ابنه ، وابنه حيّ ، قال: لا يحد ، ولا يثبت النسب ؛ وذلك لأن بينهما وِلادًا ، فصارت كجارية الابن ؛ ولأنه لا يقتصّ منه

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

بقتلها كجارية الابن ، فأمَّا النسب ، فقد قدمناه .

قال: وإن وطئ جارية ابنه ، وقال: علمت أنها علي حرام ، لم يحدّ ، وإن ادعىٰ الولد يثبت نسبه ، وكانت الجارية أم ولد له ، وغرم قيمتها [لابنه] ، صدّقه الابن أو كذبه ؛ وذلك لأنها علىٰ حكم ملكه ، فصارت كجاريته ، فلا يجب عليه الحدّ وإن علم بتحريمها .

فأما ثبوت النسب ؛ (فالأصل فيه أن الشبهة في الموطوءة تسقط الحد ويثبت النسب ، وقد بينا ثبوت النسب)[1] وأحكام الضمان فيما مضىٰ من كتاب العتاق .

قال: وكذلك الجدّ ـ إن كان الأب ميتًا ـ لا يحدّ وإن قال علمت أنها عليّ حرامٌ ؛ لما بينا .

قال: وإذا وطئ الرجل المرأة الأجنبية وقال: ظننتها امرأتي ، أو شبّهتها بامرأتي ، أو بجاريتي ، حدّ ؛ وذلك لأنه لا يجوز له أن يطأ بالظنّ ، ولا بالاشتباه ، حتىٰ يعرفها بكلامٍ أو يخبره مخبرٌ أنها امرأته ، فإذا وطئ بغير ذلك لم يكن معذورًا ، فحدَّ .

وذكر عن إبراهيم أنه قال: لو قبل هذا ما أقيم الحدّ (علىٰ واحدٍ)[2][3] .

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً وجد في بيته امرأةً ، فقال: ظننتها امرأتي ، فوقع عليها ، كان عليه الحدّ وإن كان أعمىٰ ، ليس يُدرأ الحد بهذا ، وكذلك قول أبي يوسف ؛ وذلك لأن وجود المرأة في بيته وعلىٰ فراشه ليس بشبهةٍ ؛ لأنه قد يكون

(١) ما بين القوسين سقطت من ب .
(٢) في ب (علىٰ فاجر) .
(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه ، (١٠١٤) ، (الدار السلفية) .




في بيته أمّه وأخته والأجنبية، والشبهة إذا لم تستند إلىٰ سبب ظاهرٍ لم يُعتدّ بها.

وقال ابن رستم عن محمد: في أعمىٰ دعا امرأته، فقال: يا فلانة، فأجابته غيرها، فوقع عليها، قال: يحدّ، ولو أجابته فقالت: أنا فلانة، فوقع عليها، فإذا هي [غير فلانة، يعني] غير امرأته، فإنه لا يحدّ، ويثبت نسبه[١]، وهي كالمرأة المزفوفة [إلىٰ غير] زوجها[٢]؛ وذلك لأنها إذا أجابت ولم تقل أنا فلانة، لم يحلّ له وطؤها، فلم يكن ذلك شبهةً، وإذا قالت: أنا فلانة، ولا يتوصل الأعمىٰ إلىٰ معرفة امرأته إلا بذلك، فكان ذلك شبهةً.

ولو دعا رجل جاريةً له، فأجابته امرأةٌ حرّةٌ، وهو لا يراها، فقال: ظننتها أمتي، قال: يحدّ أيضًا ولا يصدّق؛ وذلك لأن هذا يتوصّل إلىٰ معرفتها بالمشاهدة، فلم يكن ذلك مغرورًا في وطئها بالجواب.

وقال الحسن بن زياد عن زفر: في رجل أعمىٰ دخل بيته، فإذا في فراشه أو في حجلته[٣] امرأة فوقع عليها، ثم قال: ظننت أنها امرأتي، يُدرأ عنه الحدّ، (وعليه عُقر[٤] مثلها بما استحلّ من فرجها.

وقال أبو يوسف: لا يعذر بذلك، وعليه الحدّ)[٥].

---

(١) في ب (نسب ولده).

(٢) في أ (إذا غر) والمثبت من ب.

(٣) الحَجَلَة بفتحتين: واحدة حجال العروس: وهي بيت يزيّن بالثياب والأسرة والستور». مختار الصحاح (حجل).

(٤) «العُقر ـ بالضم ـ: دية فرج المرأة إذا غصبت علىٰ نفسها، ثم كثر حتىٰ استعمل في المهر». التعاريف للمناوي (عقر).

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

قال ابن سماعة: وأخبرني ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال: القياس: أن يدرأ عنه الحد، ولكن أتّبع في ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه: في رجلٍ كان يواعد جاريةً له، وكان أعمىٰ[1]، وروي ذلك عن أبي حنيفة.

والوجه فيه ما بيّنا: أن وجودها علىٰ فراشه ليس بشبهة؛ لجواز أن ينام علىٰ فراشه غيرها، فلم يعذر [فيه].

وجه قول زفر: أن وجودها علىٰ فراشه ظاهر، فصار كمن زفت إليه غير امرأته.

فأما المبيعة إذا وطئها البائع، والمتزوج عليها إذا وطئها الزوج؛ فلأنهما علىٰ حكم ملكه؛ بدلالة أنهما لو هلكا، هلكا علىٰ ملكه؛ ولأن ملك المشتري لم يتم فيهما، وحكم الملك ينفي الحدّ.

وأما الجارية المشتركة فقد قدمناه.

وأما الجارية المستأجرة [والعارية] والوديعة؛ فإنه يحدّ وإن قال ظننت أنها تحلّ لي؛ لأنه لا شبهة له في الموطوءة ولا في الفعل، فلم يسقط الحدّ إذا لم تستند شبهته إلىٰ ظاهرٍ[2].



(١) رواه سعيد بن منصور في السنن (٢١٥١)

(٢) انظر: الأصل ١٧٢/٦ وما بعدها.

بَابُ
الإقرارِ بالزنا

قال أبو الحسن رحمه الله: إذا جاء الرجل إلى الإمام فأقرّ[1] بالزنا بامرأةٍ بعينها، أو بغير عينها، لم يحدّه الإمام حتى يقرّ أربع مراتٍ في أربع مواطن.

قال [الشيخ]: وجملة هذا: أن الإقرار بالزنا لا يتعلّق به الحدّ حتى يقرّ أربع مراتٍ في أربع مجالس مختلفةٍ في مجالس المقِرّ.

وقال ابن أبي ليلى: يعتبر أربع مراتٍ في مجلسٍ واحدٍ.

وقال الشافعي: يقام الحدّ بإقراره مرةً واحدةً[2].

لنا: ما روي: أن ماعزًا أقرّ عند النبي صلى الله عليه وسلم بالزنا، فأعرض عنه، فعاد وأقرّ، فأعرض عنه، فعاد الثالثة فأقرّ، فأعرض عنه، فعاد فأقرّ رابعًا، فقال صلى الله عليه وسلم: «**الآن أقررت أربعًا، في مَن**»؟[3]، ولو كان الحدّ يجب بإقراره مرةً واحدةً، لم يؤخره إلى الرابعة، ألا ترى أنه قال صلى الله عليه وسلم: «**ما ينبغي لوالي حدٍّ أتي في حدٍّ من حدود الله إلا أقامه**»[4]، ولو وجب الحدّ بالإقرار الأوّل، لم يؤخّره.

---

(١) «الإقرار، وهو مشتق من القرار، وهو لغة: إثبات ما كان متزلزلاً. وشرعًا: هو إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه، وليس بإثبات». أنيس الفقهاء ص٢٤٣.

(٢) انظر: مختصر المزني ص٢٦١؛ المنهاج ص٤٠٥؛ رحمة الأمة ص٢٣١.

(٣) أخرجه أبو داود (٤٤٢٦) من حديث ابن عباس، ولكن بلفظ: «شهدت على نفسك أربع مرات».

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٧٧)؛ وأبو يعلى في المسند (٥١٥٥)؛ والطبراني في الكبير (٨٥٧٢) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، وفي إسناده أبو ماجد الحنفي ضعيفٌ، انظر: مجمع الزوائد (٦/٢٥٧).

ولا يجوز أن يقال: إنه ظنه مجنونًا ؛ لأنه كان ثائر الرأس ؛ لأنه لو كان ذلك لم يعلّق الحكم بالرابعة ، ولعلّقه بظهور حاله.

وقد روي أن أبا بكر قال لماعز في الثالثة: (إنك إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ)[1] ، وهذا لا يُعلم إلا بالتوقيف.

وروي عن أبي بريدة أنه قال: (كنا نتحدث بين يدي [أصحاب] رسول الله ﷺ أن ماعزًا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقرّ لم يرجمه رسول الله ﷺ[2]) ، وهذا يدل على أنهم عرفوا ذلك من شريعته ؛ ولأنه سببٌ لثبوت حد الزنا ، فاعتبر فيه العدد كالشهادة.

ولأن حد الزنا قد اعتبر فيه من التأكيد ما لم يعتبر في غيره من الحدود ، ولهذا يعتبر شهادة أربعةٍ ، ولا يعتبر ذلك في شيءٍ من الحدود ، فجاز أن يتأكد الإقرار فيه بالعدد [٣٥٢/أ] على الإقرار بسائر الحقوق.

فإن قيل: إذا لم يثبت الحد بإقراره مرَّةً ، وقد اعترف بالوطء على وجهٍ لم يوجب الحدّ ، وجب المهر ، والوطء الموجبُ للمهر لا يوجب الحدّ ، وهذا كما قلتم: أنّا لو لم نثبت [الحدّ] بالسرقة بإقراره مرّةً ، لأوجبنا الضمان بها ، وإيجاب الضمان ينافي القطع ، فلم يكن إيجابه بالإقرار الثاني.

قيل له: لما أقرّ بالزنا ، فحكم الإقرار مراعىً ؛ لأن الزنا لا يوجب المهر ، فلم يحكم بوجوب المهر ما دامت المراعاة في الإقرار بالزنا باقيةً ؛ فلذلك أوجبناه بالتكرار.

---

(١) ابن أبي شيبة (٢٨٧٦٩)

(٢) ذكره الزيلعي في تبيين الحقائق (١٦٦/٣)

فأما السرقة ، فإن الإقرار بها يُوجب الضمان ، وإنما يسقط بالقطع ، فلم يكن في إقراره بالسرقة مع المراعاة ما يمنعُ من الحكم بالضمان .

وإنما اعتبر أصحابنا أربع مرات في أربع مجالس ، خلاف ما قال ابن أبي ليلى ؛ لأن ماعزًا لما أقرّ عند النبي ﷺ أعرض عنه ، فخرج من المسجد ، ثم عاد فأقرّ ، حتى أقرّ أربع مرات ، يخرج في كلّ مرةٍ .

وقد روي أنه أقرّ خمس مراتٍ[١] ، ولا وجه يحمل عليه ذلك ، إلا أنه أقرّ مرتين في مجلس ، فجعلا مرةً واحدةً .

ولأن الإقرار إذا تكرر في مجلسٍ واحدٍ ، فهو كإقرار واحد ، والدليل عليه: من أقرّ بدينٍ ثم بدينٍ في مجلس ، لم يجعل كلّ واحدٍ من الدينين غير الآخر .

قال: وينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ، ويظهر له كراهة ذلك ، (ويأمر بتنحيته عنه ، فإن عاد ثانيةً فعل به مثل ذلك ، فإن عاد ثالثة ، فعل مثل ذلك)[٢] ؛ وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (اطرد المعترفين)[٣] ، يعني في الزنا .

وروي أن النبي عليه السلام ، طرد ماعز بن مالك ؛ ولأن النبي ﷺ لَقَّنَ المقرّ بالسرقة الرجوع ، فقال: «**ما أخاله سَرق**»[٤] ، [وإنما كان][٥] مأمورًا بتلقينه الرجوع ، وزجره ، وأظهر له كراهة الإقرار ليرجع .

---

(١) ذكره السرخسي في المبسوط (٩/٩٢)

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨٤٩٩) ؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٠٥٦) .

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/٤٢٢) وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» .

(٥) في أ (وأما إذا كان) ، والمثبت من ب ، والعبارة فيه أوضح .




قال: وإذا أقرّ الرابعة، وقد فعل الإمام ما وصفت لك، نُظر في حاله، هل هو صحيحُ العقل ممن يجوز إقراره على نفسهِ؛ وذلك لأن النبي ﷺ قال لماعز: «**أَبِكَ خَبَلٌ**»[1]، وبعث إلى قومه فسألهم عنه، وهذا يدلّ على أن الإقرار بالزنا يتأكد على الإقرار بغيره باختبار حال المقِرّ في الباطن.

قال: وإذا عرف صحة عقله، سأله عن الزنا، ما هو؟ وكيف زنى؟

وقد قال أصحابنا: إنه يسأله عن الزنا، فيقول: ما الزنا؟ وكيف زنيتَ؟ وبمن زنيتَ؟ وأين زنيتَ؟.

أما المسألة عن الزنا؛ فلأن النبي ﷺ قال لماعز: «**لعلك لمستَ، لعلك قبّلت، لعلك باشرت**»[2]، فلما ذكر له ماعز النون والكاف، قَبِلَ إقرارَه.

ولأن الإنسان قد يظن أن الفعل المحرم زنا، وقد قال ﷺ: «**العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، ثم يحقق ذلك الفرج**»[3]، فدلّ على أن الزنا قد يُعبّر به عن غير[4] الفعل [المخصوص]؛ ولهذا يُسأل المقِرّ عنه احتياطًا.

وأما قوله: كيف زنيت؛ فلأنه يجوز أن يكون وطئ فيما دون الفرج، أو في موضع غير الفرج، فوجب أن يُستفسَر [عن ذلك].

وأما سؤاله عن المزني بها؛ فلأن النبي ﷺ قال لماعز: «**الآن أقررت أربعًا**،

---

(١) أخرجه البخاري (٦٤٣٠)؛ ومسلم (١٦٩١).

(٢) الحديث أخرجه البخاري (٦٤٣٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٥٨٨٩)؛ ومسلم (٢٦٥٧).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.




فبِمَنْ؟»؛ ولأنه يجوز أن يكون وطئ من لا يجب الحدّ بوطئها، كجارية الابن، والجارية المشتركة[١]، فوجب أن يسأله القاضي ليعلم أن المزنيّ بها ممّن يتعلّق بوطئها حدٌّ.

وأمّا قوله: أين زنيت؛ فلأنه يجوز أن يكون زنىٰ في دار الحرب، فلا يقيم الإمام عليه الحدّ.

وقد قالوا: إنه لا يسأله في الإقرار: متىٰ زنيت؟ وإنما يسأل الشهودَ عن ذلك؛ لأن تقادمَ الزنا يمنع من قبول الشهادة، ولا يمنع من قبول الإقرار.

ويجوز أن يقال: إنه يسأله متىٰ زنيت؟؛ لجواز أن يكون زنىٰ في حال الصغر.

قال: فإذا بيّن ذلك، سأله: أمُحصَنٌ هو أو غير مُحصَنٍ؟ فإن قال: إنه مُحصَنٌ، سأله عن الإحصان ما هو؟ فإن وصف الإحصان علىٰ شرائطه حكم بأنه مُحصَن، وأمر برجمه؛ وذلك لأن حد الزنا يختلف بالمُحصَن وغير المُحصَن، فوجب أن يسأله عن ذلك حتىٰ يعلم الواجب عليه ما هو، فإذا أقرّ بالإحصان، استفسره؛ لأن شرائط الإحصان مختلفٌ فيها، فيجوز أن يعتقد المقِرّ ما لا يعتقده الحاكم؛ فلذلك يُسأل عنه، فإذا بيّنه[٢] قُبِلَ إقراره؛ لأنه يجوز إقراره بالزنا، فكذلك يجوز إقراره بالإحصان الذي هو من شرائط الرجم.

وقد قال محمد في الأصل: إن المقِرّ إذا قال[٣]: لست بمُحصَنٍ، فشهد عليه الشهود بالإحصان، رجمه الإمام، ولا يكون هذا كالرجوع؛ لأنه مقيم علىٰ

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (فإذا ثبت).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

إقراره بالزنا، وقد ثبت إحصانه بالبيّنة، فقوله: لست بمُحصَن، ليس برجوع عن الإقرار، وإنما هو إخبارٌ عن سقوط الرجم عنه، فصار كالمقِرّ بالزنا إذا قال: لا حدّ عليّ، لم يكن ذلك رجوعًا[1].

وقد قالوا: [إنه] إذا أقرّ أربع مراتٍ في مجلسٍ واحدٍ، للقاضي رجمه؛ وذلك لأن ماعزًا تردّد إلى النبي ﷺ في الإقرار، والنبي ﷺ جالسٌ في مكانه، فدلّ على أن المعتبر بمجلس المقِرّ، لا بمجلس الحاكم.

و[قد] قال الحسن في روايته: إذا أقرّ أنه زنى بامرأةٍ غائبةٍ، أقام عليه الحدّ، وهذا استحسانٌ، والقياس: أن لا يقام عليه الحدّ حتى تحضر؛ لأنه يجوز أن تحضر فتدّعي شبهةً تُسقط الحدّ عنه، فلم يجز إقامة الحدّ عليه مع الشبهة.

وجه الاستحسان: أن ماعزًا لما أقرّ بالزنا بأمةٍ لآل فلان، رجمه رسول الله ﷺ قبل إحضارها، وقال في قصة العسيف: «**واغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»[2]، وهذا بعد قوله: «**أما على ابنك، فجلدُ مائة**»، فدلّ على أن حدّ المقِر لا يقف على اعتراف المرأة.

ولأن الحدّ قد وجب بإقراره، وجواز أن تحضر فتدعي شبهةً كجواز أن يرجع المقِرّ، أو يدعي شبهةً في الثاني، وجواز ذلك لا يمنع من إقامة الحدّ.

قال الحسن: ويقيم عليه الحدّ إذا أقرّ في مجلس القاضي قبل أن يقوم، أو في مجالس، أو أقرّ كلّ يومٍ، أو كلّ شهرٍ مرةً، وصحّ ذلك عند القاضي، وقد تقادم الزنا الذي أقرّ به أو لم يتقادم، فهو سواءٌ، كأن أتى عليه منذ زنى إلى أن

---

(١) انظر: الأصل ١٤٧/٧.

(٢) أخرجه البخاري (٢١٩٠)؛ ومسلم (١٦٩٧).




أقرّ شهرٌ أو أيامٌ، أقام عليه الحدّ؛ وذلك لأن المعتبر اختلاف [٣٥٢/ب] مجالس المقِرّ دون الحاكم.

وإذا أقرّ في مجلسٍ واحدٍ للحاكم، أو في مجالس مختلفةٍ، فهو سواءٌ، ولا فرق بين التقادم في الإقرار وغير التقادم؛ وذلك لأن التقادم إنما يؤثر في الشهادة للتهمة، ألا ترىٰ أن الظاهر من الشهود أنهم اختاروا الستر، فلما شهدوا بعد حين، فقد هيجهم أمرٌ أوجبَ تهمةً في شهادتهم، وهذا لا يوجدُ في المقِرّ؛ لأنه لا يُتّهَمُ علىٰ نفسه؛ فلذلك قُبِل إقراره وإن تقادم.

وقد قال زفر: إن الإقرار بالزنا لا يقبل بعد حينٍ؛ لأنه أحد سببي الحدّ، كالشهادة.

وقال محمد في الإملاء [في] رواية الكيساني: قال أبو حنيفة: إذا أقرّ الرجل بالزنا أربع مراتٍ في مجالس متفرقةٍ، والمجالس المتفرقة عنده: أن يذهب المقرّ حتىٰ لا يراه ولا يكون معه في المجلس، ثم يجيء فيقرّ إقرارًا مستقبلاً، فهذا إذا أقرّ هكذا أربع مراتٍ، أقام عليه الحدّ ما لم يرجع.

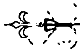
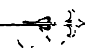
وإن أقر أربع مراتٍ في مجلسٍ واحدٍ، فإنما هذه مرةٌ واحدةٌ، ولا خلاف بين أصحابنا في هذه الجملة، وهذا علىٰ ما بيّنا.

فأما الإقرار بغير الزنا: فعند أبي حنيفة ومحمد يعتبر فيه مرة واحدة.

وقال أبو يوسف: كلّ ما يسقط بالرجوع، فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود.

وجه قولهما(١): أنه حقٌّ يثبت بشهادة شاهدين، فيثبت بإقراره مرةً كالديون.

(١) في ب (وجه قول أبي حنيفة ومحمد).

لأبي يوسف[1]: أنه حدٌّ، فاعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهود، كحدّ الزنا.

قال: وإذا كان إقرارُ الزاني بالزنا[2] عند غير الإمام، أو عند من لم يجعل إليه إقامة الحدود، لم يحدّ بذلك الإقرار وإن شهد عليه الشهود أنه أقرّ بذلك في أربع مواطن مختلفةٍ، فلا يحد إلا بإقراره عند من يقيم الحدود، وهو قولهم جميعًا؛ وذلك لأن الشهود إذا شهدوا عليه، لم يخل من أن يكون مقرًا أو جاحدًا، فإن كان مقرًا، فلا معنىٰ للشهادة مع الإقرار، وإن كان جاحدًا، فجحوده رجوع عن الإقرار، فلا معنىٰ للحكم به.

قال: فإن رجع المقرّ عن الإقرار بعد الحكم أو قبله، أو رجع بعد الرجم إذا كان محصنًا، أو جلد بعض الجلد إذا كان بكرًا، فإنّ الحدّ يُدرأ عنه؛ وذلك لأن النبي ﷺ، لقّن المقرّ الرجوع، فقال لماعز: «**لعلك لمست، لعلك قبَّلْت**»[3]، وقال للسارق: «**ما أخاله سرق**»[4]، فلو لم يقبل رجوعهم، لم يكن لتلقينهم الرجوع معنىٰ.

وروي أن ماعزًا لما مسّه حرّ الحجارة، هرب، فذكر ذلك للنبي ﷺ، فقال: «**هلا خليتم سبيله**»[5]، فجعل الهرب الدالّ علىٰ الرجوع مسقطًا للحدّ؛ فلأن يسقطه تصريح الرجوع أولىٰ[6].

---

(١) في ب (وجه قول أبي يوسف).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سبق تخريجه ص ٤٥٧٥.

(٤) سبق تخريجه ص ٤٥٧٨.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤١٩)؛ والترمذي (١٤٢٨) وقال: «حديث حسن»؛ وابن ماجه (٢٥٥٤).

(٦) انظر: الأصل ١٧٩/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٤٣/٦ وما بعدها؛ القدوري ص ٤٦٥ ـ ٤٧٠.




قال وممَّا يُلحقُ بهذا الباب

ما ذكره محمد في الأصل: أن الذمي إذا أقرّ بالزنا حُدّ، وقال مالكٌ: لا يحدّ.

لنا: قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ﴾ [النور: ٢]؛ ولأن النبي ﷺ رجم اليهوديين[١]؛ ولأنه غير مقر على سببه [كالمسلم].

وليس كذلك حدّ الشرب؛ لأنّا أقررناهم على سببه بعقد الأمان.

٢٦٥٧ـ [**فَصْل: إقرار العبد بالزنا**]

وقال: في العبد يقر بالزنا أربع مراتٍ، يحدّ.

وقال زفر: لا يحدّ إذا كذبه المولى.

وقال الطحاوي: لم يوافق زفر على هذا القول إلا عمرو بن دينار.

لنا: أن كلّ ما لا يملكه المولى من عبده ـ وهو مما يُملَك ـ فإن العبد يملكه [من نفسه] كالطلاق، وعكسه الإقرار بالدين؛ ولأن العبد لا يُتّهم على نفسه في الحدود؛ لما في ذلك من إلحاق[٢] الضرر به، وإذا لم يتّهم نفذ إقراره كالحرّ.

وجه قول زفر: أن إقرار العبد يتعلّق به إتلاف رقبته، وهي حقّ المولى، وإقراره في حقّ المولى لا يُقبل، كما لا يقبل إقراره بالدين.

و[قد] قالوا: في الأخرس إذا أقرَّ بالزنا أربع مراتٍ في كتاب كتبه، أو إشارةٍ

(١) أخرجه البخاري (٦٤٥٠)؛ ومسلم (١٦٩٩)، من حديث ابن عمر رضي الله عنه.
(٢) في ب (إيجاب).

أشار بها، فإنه يحدّ؛ لأن الإشارة قائمةٌ مقام الكلام، كالكتابة التي تقوم مقام الصريح، وكالشهادة على الشهادة؛ ولأن الأخرس أكثر أحواله أن يشير إلى وطءٍ محرمٍ، فصار كالصحيح إذا قال: وطئت وطئًا حرامًا.

وقد قالوا في الشهود إذا شهدوا على الأخرس بالزنا: لم تقبل شهادتهم؛ لأنه لا يَسمع ما يشهدون به عليه، فصار كالغائب؛ ولأنه يجوز أن يكون لو قدر على الكلام لادّعى شبهةً، وعجزه عن الكلام يمنع من ذلك، فلم يجز إقامة الحدّ عليه مع الشبهة.

(وقالوا: في الأعمى إذا أقرّ بالزنا، حُدّ؛ لأنه لا شبهة في إقراره فصار كالصحيح)[1].

والذي يجنّ ويفيق، إذا أقرّ بالزنا في حال إفاقته مثل الصحيح، وكذلك إذا شهد عليه؛ لأنه مكلّفٌ[2] في حال إفاقته، لا شبهة في إقراره.

والمجنون إذا أقر بالزنا، أو شهد عليه [به]، لم يحدّ؛ لأن المجنون لا يكون منه الزنا، فكأنه أقرّ بالمباشرة.

و[أما] الخصِيّ إذا أقرّ أو شهد عليه، حُدّ؛ لأن الخصيّ يجامع كما يجامع غيره، وإنما لا ينزل، فصار كغير الخصيّ إذا قال وطئت ولم أنزل.

والعِنّيْن إذا أقرّ بالزنا، حُدّ؛ لأن الآلة باقية، ويجوز أن يكون وطئ[3].

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ١٨٣/٧، ١٨٤.




بَابُ
كيفَ يقامُ الحدُّ؟



قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: إذا شهد الشهودُ علىٰ الرَّجل بالزِّنا وهو مُحصَنٌ، فإن الإمام يأمر الشهودَ أن يرجموا، فإذا رجموا رجم الإمام بعدهم، ثم الناس.

وقال الشافعي: بداية الشهود بالرجم ليس بشرطٍ(١).

لنا: ما روي أن شراحة الهمدانية لما أقرّت عند عليٍّ رضوان الله عليه بالزنا، خطَب فقال: الرجم رجمان، رجم سرٍّ، ورجم [علانية](٢)، فرجم العلانية: أن يشهد علىٰ المرأة ما في بطنها، ورجم السرّ: أن يشهد الشهود فيرجمها الشهود، ثم الإمام، ثم الناس(٣).

ولأن بداية الشهود فيها ضربٌ من الاحتياط، ألا ترىٰ أنهم إن كانوا كذبوا [٣٥٣/أ]، جاز أن يستعظموا حرمة النفس، ورجعوا عن الشهادة، والرجم قد اعتبر فيه الاحتياط.

قال: ولا ينبغي أن يُربط المرجوم، و[لا] يُمسك، ولا يحفر له إذا كان رجلاً، ولكنه يقام قائمًا، فينصب للناس، ثم يرجم.

وإن كانت امرأة: فإن شاء حفر، وإن شاء لم يحفر، كلّ ذلك حسنٌ، هكذا

---

(١) انظر: الأم ص١٢٤٩؛ المنهاج ص٥٠٤.

(٢) في أ (إعلان) والمثبت من ب.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٣٣٥٣)؛ وابن أبي شيبة (٢٨٨٢٠).

في الأصل[1].

وذلك لأن الربط والإمساك زيادة لا يحتاج إليه في إقامة الحدّ، فصار كالضرب والقيد، فأما الحفر: فقد أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز ولم يحفر له، ألا ترىٰ أنه هربَ، ولو كان حفر له لم يستطع أن يهرب.

وأما المرأة، فيجوز أن يحفر لها؛ لأن النبي ﷺ حفر لليهوديين، وروي أنه حفر للغامدية حفرةً إلىٰ ثَندوتها[2]، وأخذ حصاة مثل الحمصة فرمىٰ بها وقال: «**ارموا واتقوا الوجه**»، فلما طفئت أخرجها وصلىٰ عليها، ثم قال: «**لقد تابت توبةً لو قسمت علىٰ أهل الحجاز لوسعتهم**»[3]؛ ولأنه أستر لها، ولأن ترك الحفر جاز؛ لأنها مستورةٌ بثيابها.

قال: فإن امتنع الشهود أو بعضهم، أو كانوا غيبًا، أو ماتوا، أو مات بعضهم، أو عمي، أو خرس، أو جُنَّ، أو غاب، أو ارتَدَّ، أو قذف، فضرب الحدّ، لم يرجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة، وهي رواية محمد عن أبي يوسف.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد بن شجاع، عن الحسن، عن أبي يوسف: في الشهود إذا امتنعوا، أو امتنع بعضهم، أو غابوا، رجم الإمام، ثم الناس.

لأبي حنيفة ومحمد[4]: أن بداية الشهود شرطٌ، فإذا امتنعوا من غير عذرٍ، صار ذلك شبهةً، لجواز أن يكونوا عرفوا أن الحدّ ليس بمستحَقٍّ، فلم يجز إقامة

---

(١) انظر: الأصل ١٧٨/٧ وما بعدها.
(٢) الثَّندوة: مغرز الثدي. انظر مختار الصحاح/ثدي/.
(٣) أخرجه أبو داود (٤٤٤٣)؛ وأصله عند مسلم (١٦٩٥).
(٤) في ب (وجه قول أبي حنيفة ومحمد).

الحدّ مع الشبهة.

وأما إذا ماتوا، فيجوز أن يكون لو كانوا أحياءً لامتنعوا من الرجم، فيسقط الحدّ، فلم يجز استيفاؤه مع التجويز.

لأبي يوسف[1]: أنه حدٌّ، فلا يشترط فيه مباشرة الشهود للاستيفاء، كالجلد.

والجواب: أن الجلد لا يحسنه كلّ الناس، فلو أوقفناه على فعل الشهود لسقط، والرجم يُحسنه كلّ أحدٍ، فلم يكن في تعليقه بالشهود إبطاله.

(وقال عمرو عن محمد: إذا جُنّوا)[2]، أو ارتدّوا، أو ضُربوا حدَّ القذف، سقطت شهادتهم؛ لأن الطارئ على الحدود قبل الاستيفاء بمنزلة الموجود في الابتداء، بدلالة رجوع المقرّ، فصَار كأنهم شهدوا على هذه الصفة، فلم يثبت الحد بشهادتهم.

ولأن الحدود يؤثر فيها الشُّبه، فلو اعتبرنا فيها حال الشهادة (ولم نوقفها)[3] على الاستيفاء، لسوّينا بين الحدود والأموال، وهذا لا يصحّ.

وقال عمرو عن محمد: في أربعةٍ شهدوا على رجلٍ بالزنا، وهم مقطوعو الأيدي، أو مرضى لا يستطيعون أن يرموا، فإن الإمام يرمي ويأمر الناس أن يرموا.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أصاب الشهودَ مرضٌ لم يقدروا معه على الرجم من أجل ذلك، فإنه يُرجَم في قوله وقول أبي حنيفة؛ وذلك لأن

---

(١) في ب (وجه قول أبي يوسف).

(٢) في ب (وأما إذا جنوا..).

(٣) في ب (ولو توقفنا).




الامتناع إذا كان لعذرٍ ظاهر، زالت التهمة، فلم يجز أن يشترط فعلهم مع التعذّر.

وليس كذلك الموت؛ لأنه يجوز أن يكون لو عرض عليهم الرمي امتنعوا منه، فلذلك كان شبهةً.

ولا بأس لكلّ مَن رمى من الناس أن يتعمّدَ مقتله، (إلا أن يكون في القوم ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المرجوم، فإنه لا يستحب له أن يتعمّد مقتله)[1]، ويولي ذلك غيره؛ لما روي أن حنظلة بن أبي عامر استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه، وكان كافرًا، فمنعه من ذلك، وقال: «**دعه يقتله[2] غيرك**»[3]؛ ولأنه مأمورٌ بصلة رحمه، فلم يجز أن يتعمّد قتله؛ لما في ذلك من قطع الرحم من غير حاجةٍ.

قال: وإذا كان المشهود عليه غير مُحصَن، فإن بشرًا قال عن أبي يوسف: حدثنا أبو حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم قال: يُضرب الزاني والشارب في إزار، والقاذف وعليه ثيابه، إلا أن يكون عليه فروٌ أو حشوٌ.

وقال أبو حنيفة: ويضرب في التعزير بإزار.

وروى أبو يوسف عن مطرف، عن الشعبي قال: يضرب القاذف في ثيابه، إلا أن يكون عليه فروٌ أو حشوٌ فينزع.

والأصل في هذا: أن التعزير عندنا أشدّ الضرب، ثم الجلد في الزنا، ثم في الشرب، ثم في القذف.

فأما التعزير، فالمقصود به الزجر، ولا يمكن الزيادة في عدده، فلا بدّ من

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (يكفيك).
(٣) أخرجه أبو بكر الشيباني في الآحاد والمثاني (رقم ١٩٦٧)، (دار الراية).

الزيادة في صفته.

وأما الزنا؛ فلقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ ٱللَّهِ﴾ [النور: ٢]، وأما الشرب؛ فلأنه يتعلّق بسببٍ متيقَّنٍ، والقذف يتعلّق بسببٍ غير متيقّنٍ، فكان أخفّ منه.

فإذا ثبت هذا، قالوا: يجرد في التعزير وحدّ الزنا؛ لأن ذلك أبلغ في وصول الألم إليه، والمعتبر فيه وصول الألم.

فأما حدّ الشرب فيجرّد في الرواية المشهورة، وروىٰ ابن رستم، عن محمد: أن الشارب لا يجرَّد.

لنا: أن حدّ[1] الشرب يتعلّق بسببٍ متيقَّن كحدّ الزنا.

لمحمد: أن حدّ الشارب كان في زمن رسول الله ﷺ بالجريد والنعال، ثم نقل إلىٰ السوط في زمن عمر؛ ولهذا قال علي رضوان الله عليه: ما من رجل أقمت عليه حدًا من حدود الله فمات، فأحببت أن أديه، إلا شارب الخمر، فإنه شيء فعلناه برأينا.

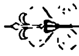
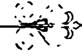
وإذا خفَّ حكمه، حلّ محلّ القذف، إلا أنه ينزع في حدّ القذف الحشو والفرو؛ وذلك لأنه يمنع من وصول الألم إليه، والمقصود من الحدّ الألم.

فأما المرأة، فلا ينزع عنها ثيابها في سائر الحدود، إلا الحشو والفرو؛ لأن بدنها عورةٌ، فحلّ محلّ عورة الرجل، فلا يجوز كشفها.

وقال أبو حنيفة: الحدّ في الأعضاء كلّها، ما خلا الفرج والوجه والرأس،

---

(١) في ب (وجه).

وقال أبو يوسف: يتقي الوجه والفرج والبطن[١] والصدر، [٣٥٣/ب] ويضرب الرأس والكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين؛ وذلك لأن في تفريق الضرب تخفيفًا على المضروب، وإذا جمع في مكانٍ واحدٍ لم يؤمن أن يؤدي إلى التلف، وهذا غير مُستَحقٍّ بالحدّ، ولهذا أمر رسول الله ﷺ أن يحسم السارق لمّا قطعه[٢]؛ حتى لا يؤدي إلى التلف الذي ليس بمُستَحقٍّ؛ ولأنه يجب أن يدخل الألم على كلّ عضوٍ كما وصلت إليه اللذة.

إلا أنه يتقي الأعضاء الذي لا يؤمن منها التلف، أو تلف ما ليس بمستحق، فالرأس مقتلٌ، والوجه مكان البصر والشمّ، والمذاكير مقتلٌ، والصدر والبطن مقتلٌ، فينبغي أن يتقي ذلك.

وقد روي عن عمر [بن الخطاب] رضي الله عنه أنه قال للجلاد: اتق الرأس والوجه[٣].

لأبي يوسف: أن الرأس إذا ضرب سوطًا أو سوطين يخشى منه التلف، فصار كسائر الأعضاء.

قال: ولا يفرق التعزير على الأعضاء؛ لما بيّنا: أن المقصود منه زيادة الألم، فكان جمعه أولى من تفريقه.

(وقال أبو حنيفة: لا يبلغ التعزير في الحر والعبد والمرأة أربعين سوطًا)[٤].

وقال أبو يوسف: وكان ابن أبي ليلى يضرب في التعزير خمسةً وسبعين،

---

(١) في ب (والبدن).

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤٢٢/٤)، وقال: «صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

(٣) وذكره السرخسي في المبسوط (٧٣/٩)

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

ولا أحفظ عنه تعزير العبد.

قال بِشْرٌ: وقال أبو يوسف: في التعزير على قدر عِظَمِ الجرم وصغره، وعلى قدْر[1] ما يرى الحاكم من احتمال المضروب فيما بينه وبين أقلّ من ثمانين.

وجه قولهما: قوله ﷺ: «**من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين**»[2]، والأربعون حدٌّ في العبد، فلا يبلغ إليها في التعزير؛ ولأنه حدٌّ بنفسه، فلا يستوفى على وجه التعزير كالقطع.

لأبي يوسف: ما روي عن عليّ رضوان الله عليه أنه قال: في التعزير خمسة وسبعين[3]، قال أبو يوسف: فقلدته[4] في نقصان الخمس، واعتبرت أدنى الحدود.

وقد روي عنه أنه قال: أقربُ كلّ نوعٍ في بابه، وأقربُ التعزير في اللمس والقبلة من حدّ الزنا، والقذف بغير الزنا من حدّ القذف؛ ليكون إلحاق كلّ نوعٍ ببابه.

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: تضرب المرأة الحدّ وهي قاعدة، ولا ينزع عن المرأة شيءٌ من ثيابها.

قال أبو يوسف: وإن لبست [ما لا تلبس النساء][5]، ينزع عنها تلك الفضول، وإنما ضُربَت قاعدةً؛ لأن ذلك أستر لها، فأما فضول اللباس التي لم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٣٦٢) من حديث النعمان بن بشير، ورجح إرساله.

(٣) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده» (١٠٧/٢).

(٤) في ب (فقدرته).

(٥) في أ (ما يلبس الناس)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

تجر العادة بها، فإنها تمنع من وصول الألم، فصارت كالحشو.

قال: ولا يقام حدٌّ في مسجدٍ عند أصحابنا جميعًا؛ لحديث حكيم بن حزام قال: «نهى رسول الله ﷺ أن يستقاد في المساجد، أو ينشد فيها الأشعار، أو تقام فيها الحدّ»(١).

وروى طاوس عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تقام الحدود في المساجد**»(٢)؛ لأنه لا يؤمن أن ينفصل من المحدود نجاسةٌ، وقد قال ﷺ: «**جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم**»(٣)؛ لأن الصبي لا يؤمن منه تلويث المسجد.

فإذا ثبت أنه لا يقام الحد في المسجد؛ جاز للإمام أن يخرج المحدود إلى باب المسجد فيأمر بجلده وهو يشاهده؛ لأن ذلك إقامة حدٍّ في غير المسجد، وإن شاء بعث بأمينٍ وأمرَه أن يقيم الحدّ؛ لأن النبي ﷺ قال: «**واغد يا أنيسُ إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»(٤).

قال: ولا يقام على مريضٍ حتى يبرأ؛ وذلك لأنا لو ضربناه لم نأمن أن يؤدّي ضربه إلى التلف، وذلك غير مُستحقٍّ بالجلد؛ ولهذا لا يجلد في الحر الشديد و[لا في] البرد الشديد؛ ولذلك لا يقام الحد على حامل حتى تضع؛ لأنه يؤدي إلى إتلاف حملها وذلك غير مستحَقٍّ، ولا نفساء حتى تتعالى من نفاسها؛

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٩٠)؛ قال في التلخيص: «لا بأس بإسناده» (٤/٧٨).

(٢) أخرجه الترمذي (١٤٠١)؛ وابن ماجه (٢٥٩٩)؛ قال ابن حجر في التلخيص: «فيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف»، لكن يشهد له الحديث الذي قبله (٤/٧٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٧٥٠)، وفيه ضعفٌ شديدٌ. انظر: التلخيص الحبير (٤/١٨٨).

(٤) أخرجه البخاري (٢١٩٠)؛ ومسلم (١٦٩٧).




وذلك لأن النفاس مرضٌ، فهو كسائر الأمراض.

وروي أن الغامدية لما أقرت بالزنا وهي حاملٌ، قال لها النبي ﷺ: «**اذهبي حتى تضعي**»[1]، وقد روي أن النبي ﷺ [بعث عليًا] يحدّ أمةً، فرأى منها آثار الدم، فرجع ولم يحدّها، وذكر ذلك لرسول الله ﷺ، فلم ينكره[2].

قالوا: وتحدُّ الحائض في حال حيضها؛ لأن الحيض ليس بمرضٍ، فهي كالصحيحة.

فأما حدّ [الرجم][3]، فيقام في كلّ حالٍ، إلا على الحامل؛ لأن المقصود منه التلف، فلا معنى لتخصيص الأحوال.

فأما الحامل فلا ترجم؛ لأن إتلاف ولدها غير مستحقٍّ، وروي أن عمر رضي الله عنه همّ برجم حامل، فقال له علي: إن يك لك عليها سبيلٌ، فلا سبيل لك على ما في بطنها[4]، والذي روي (أن النبي ﷺ حد مريضًا بعثكال)[5]، فيجوز أن يكون مريضًا آيسًا من صحته، فطهره بإقامة الحدّ عليه على هذه الصفة؛ لأنه يألم بها كما يألم الصحيح بالسوط.

---

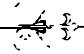
(١) أخرجه مسلم (١٦٩٥).

(٢) أخرجه مسلم (١٧٠٥).

(٣) في أ (الزنا)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٣٢٢)؛ والبيهقي في الكبرى (١٥٣٣٥) ولكنه من قول معاذ لا علي رضي الله عنهما.

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤٧٢)، قال في تحفة المحتاج: «في إسناده اختلاف، والظاهر أنه لا يضره» (٢/٤٧٧).
والعِثكال والعُثكول: عنقود النخل: وهو الشمراخ. انظر: المصباح، المغرب (عثكل).

وقال الحسن عن أبي حنيفة: في القاذف ينزع عنه الفرو والحشو، وإن كان عليه قميص أو قميصان أو جبةٌ مبطنةٌ، ضرب عليها؛ وذلك لأن هذا هو اللبس المعتاد.

قال: ويُلْقىٰ عنه الرداء؛ لأن ذلك يلتف علىٰ السوط، فيمنع من الضرب.

قال: وينبغي للقاضي أن يأمر الجلاد أن لا يضرب (بسوطٍ له ثمرةٌ، ويأمر بثمرته فتقطع؛ لأن الثمرة إذا ضرب بها صار كلّ ضربة)[1] ضربتين، وهذا لا يجوز.

قال: وينبغي أن يقيم الحدود رجلٌ يعقل ويبصر كيف يضرب، ويأمره أن يضرب ضربًا بين الضربين، ليس بالضرب المُبَرِّح، ولا بالضرب الذي لا يوجد له مسٌّ؛ وذلك لأن من لا يُبصر الضرب، يقتل بضربه، والقتل ليس بمستحقٍّ، وإنما الضرب الوسط؛ لأن النبي ﷺ أمر الجلاد أن لا يُبين إبطه[2]؛ ولأن الضرب المُبَرِّح يؤدّي إلىٰ التلف، والخفيف لا يؤلم، فاعتبر الوسط.

وقال في المُجَرَّد في المرجوم: إن الناس يتعمّدون مقتله؛ لأن المقصود برجمه القتل، فما كان أسرع، كان أولىٰ، وروي أن عليًا رضوان الله عليه لما رجم الغامدية، اعتمد أصل أذنها بالرمي[3].

قال: وإذا قتله دفعه إلىٰ أهله، فيغسّلونه ويكفّنونه ويصلون عليه، ويدفنونه، لما روي أن النبيّ ﷺ قال في ماعز: «**اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم**»[4]،

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) لم أجده مرفوعاً، ورواه ابن أبي شيبة من حديث أبي مجلز موقوفاً برقم (٢٨٦٧٧)

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (٨٠٨٦).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١١٠١٤)؛ «ورجاله من رجال الصحيح» كما في الدراية لابن حجر (٩٧/٢). =




رواه محمد في الأصل[١].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لقد تاب توبةً لو تابها صاحبُ [مكسٍ]**[٢] **لغفر له، وقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة**»[٣]، وروي أن بعض أصحاب رسول الله ﷺ قال في ماعز: لم تدعه نفسه حتىٰ جاء واعترف بالزنا، وقُتل كما قتل الكلب، فسكت النبي ﷺ حتىٰ مروا بموضع فيه حمار ميّت شائل الرجل [٣٥٤/أ]، فقال النبي ﷺ: «**انزلا وكلا**»، فقالا: لا يا رسول الله إنه ميّت، فقال ﷺ: «**ما تناولتما من أخيكما أعظم من هذا**»[٤].

[قال: فإن أمر برجمه، فقال: لم أزن، خلىٰ سبيله، وإن لم يقل، وهرب، لم يعرض له، وقد بينا ذلك].

قال: ولو ثبت علىٰ الزنا ورجع عن الإحصان، قُبل ذلك منه[٥]، ولم يرجمه، وجلده مائة؛ لأنه إذا قُبل رجوعُه عن الجميع، فقبوله[٦] عن البعض أولىٰ[٧].



= الأصل ٧/١٨٠، والآثار لأبي يوسف، ص ١٥٧.

(١) انظر: الأصل ٧/١٨٠.

(٢) في أ (كبيرة)، والمثبت من ب، وهو الصواب في الرواية.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٩٥).

(٤) أخرجه أبو داود (٤٤٢٨)؛ وصححه ابن حبان (٤٣٩٩).

(٥) في ب (قبل رجوعه).

(٦) في ب (فقبول الرجوع).

(٧) انظر: الأصل ٧/١٨٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٦/١٨٢ وما بعدها.

بَابُ
الإقرارِ بالزنا والمزني به منكِرٌ



قال محمد في [كتاب] الأصل: في رجلٍ أقرّ بالزنا بامرأةٍ غائبةٍ، أن القياس لا يحدّ، ولكن أدعُ القياس للأثر الذي بلغنا عن رسول الله ﷺ في ماعز بن مالك(١).

وجه القياس: أن المرأة لو حضرت، جاز أن تدّعي شبهةً تسقط الحدّ عن المقرّ، فلم يجز استيفاء الحدّ منه مع تجويز الشبهةِ.

وجه الاستحسان: ما رُوي أن ماعزًا أقرّ عند النبي ﷺ بالزنا، فأمر برجمه، ولم يحضر المزني بها، وقال في قصة العسيف: «**أما على ابنك، فجلد مائة وتغريبُ عام، واغدُ يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها**»(٢)، فأوجب الحدّ على الزاني باعترافه قبل أن يعلم أن المزني بها معترفةٌ بالزنا.

قال: ولو جاءت المرأة تطلب مهرها، وقالت: هو زوجي، فقال هو: كذبت، وإنما زنيت بها، وهذا بعدما حُدّ حَدّ الزنا، فلا مهر عليه، ولو كان هذا قبل الحد دُرِئ عنه وكان عليه المهر للمرأة؛ وذلك لأن الإمام لما حدّه فقد حكم بكون الوطء زنا، فلا تُصدق المرأة بدعواها في إبطال الحكم؛ ولأن هذا الوطء قد استوفى به الحدّ، والمهر والحدّ لا يجتمعان بوطءٍ واحدٍ.

وأما إذا ادّعت الزوجية قبل الحدّ، سقط الحدّ؛ وذلك لأنه يجوز أن تصدق

(١) الأصل ١٨١/٧.
(٢) سبق تخريجه ص ٤٥٤٦.

في دعواها، فلم يجز إيجابُ الحدّ قبل إقامةِ البينة علىٰ النكاح.

ولا يجوز أن يحدّه إذا لم تقم البينة؛ لأن وجوب الحدّ لا يقف علىٰ انقطاع الخصومة، وإذا ثبت أن الحدّ قد سقط والوطء في ملك الغير لا يخلو من حدٍّ أو مهرٍ، فإذا سقط الحدّ بالشبهة، بقي المهر.

٢٦٥٨ـ [فَصْل: الحدّ في حالة إنكار الزنا بها]

قال: ولو لم تقل: هو زوجي، ولكن قالت: كذب، ما زنىٰ بي، ولا أعرفه، فلا حدّ عليه في قول أبي حنيفة.

وقال زفر وأبو يوسف ومحمد: يحدّ الرجل.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أَقَرّت المرأة بالزنا أربع مراتٍ في مواطن، فقال الرجل: كذبت، ما زنيت بها ولا أعرفها، دُرِئ الحدّ عنها في قول أبي حنيفة، ذكر هذا الفصل في بعض نسخ الأصل، وذكره أبو الحسن.

وجه قول أبي حنيفة: أن الزنا لا يجوز أن ينفرد به أحدهما، لاستحالة أن يزني بغير مزني بها، فإذا أنكرت الفعل، لم يصدق عليها، فخرج فعله من أن يكون زنا؛ لعدم المفعول به؛ ولأنه لا يخلو إما أن يجعله زانيًا بها، أو بغيرها، ولا يجوز أن يحكم بزناها مع إنكارها، ولا يجوز أن يجعله زانيًا بغيرها؛ لأن هذا خلاف ما أقرّ به، فلم يبق إلا إسقاط الزنا.

وليس كذلك إذا أقرّ أنه زنىٰ بغائبةٍ؛ لأن القياس يمنع من إيجاب الحدّ لعدم ثبوت الزنا في حقها، وإنما تركنا القياس للأثر.

ولا يلزم إذا أقرّ أنه زنىٰ بها، فسكتت؛ لأن السكوت لا يبطل حكم الإقرار،

والتكذيب يُبطله، ألا ترىٰ أن من أقرّ لغيره بحقٍّ فكذّبه، بطل إقراره، ولو سكت لم يبطل الإقرار، وكان له حقّ التصديق في الثاني.

وجهُ قولهم: ما روي في حديث سهل بن سعدٍ: أن رجلاً أقرّ عند النبي ﷺ أنه زنىٰ بامرأةٍ، فأنكرت، فحدّه رسول الله ﷺ[1]؛ ولأن سقوط الحدّ عن أحد الواطِئَين لا يوجبُ سقوطه عن الآخر، كمن زنىٰ بمجنونةٍ أو صغيرةٍ.

والجواب: أما الخبر، فقد ضعّفه أهل النقل، وهو محتملٌ؛ لجواز أن يكون أنكرت وطالبت بحدّ القذف، فحدّه رسول الله ﷺ لها[2].

وأما وطء الصغيرة والمجنونة، فلم يبطل حكم الوطء في حقّهما؛ فلذلك وجب الحدّ علىٰ الواطئ، وفي مسألتنا: أبطل حكم الوطء في حقها [بإنكارها]، فلم يصدّق عليها، ولم يمكن إثباته في حقه.

٢٦٥٩ـ [فَصْل: اعتراف الرجل بالزنا ولكن المرأة قالت مستكرهة]

وقال محمد في الحدود ـ حاكيًا عن أبي حنيفة ـ: إذا أقرّ الرجل أنه زنىٰ بامرأةٍ في أربعة مواطن متفرقةٍ، فقالت المرأة: زنىٰ بي مستكرهةً، قال: أما هذا، فإني أحدّ فيه الرجل، ولا أحدّ فيه المرأة؛ وذلك؛ لأن الوطء لم[3] يسقط في حقها، وإنما اعترفت بوطءٍ لا حدّ فيه عليها، وسقوط الحدّ عن التبع، لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٣٧). وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي، قال البخاري: «منكر الحديث». انظر: التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٢/٣٢٨).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.




قال: وإذا أَقَرَّ الرجل أنه زنىٰ بمجنونةٍ أو بصبيّةٍ مثلُها يجامع، فعليه الحدّ؛ وذلك لأن الوطء لم يحكم بعدمه في حقها، وإنما سقط الحدّ بمعنىٰ فيها، وسقوط الحدّ عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

قال: وإن كان المقِرّ امرأةً أنها زنت بمجنونٍ أو صبيٍّ مثلُه يجامع، فلا حدّ عليها.

وقال الشافعي: عليها الحدّ(١).

لنا: أن فعل الواطئ هو المتبوع، وفعل المرأة تبعٌ، بدلالة أن الواطئ ينفردُ بالفعل، والموطوءة لا تنفرد [به]، وإذا سقط الحدّ عن المتبوع لم يجز إيجابه في التبع؛ ولأن فعل الواطئ لم يحكم له بالزنا، فلم يجز إيجاب الحدّ علىٰ الموطوءة كما لو ادعىٰ شبهةً.

٢٦٦٠ - [فَصل: إقرار المرأة المسلمة بالزنا بحربي مسلم]

قال: ولو أن حربيًّا مستأمنًا في دار الإسلام أقرّت امرأةٌ مسلمةٌ أنها زنت به، حدّت المرأة في قول أبي حنيفة، [وفي المنتقىٰ عن أبي حنيفة: لا حدّ عليها].

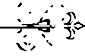
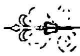
وقال محمد: لا تحدّ المرأة مثل الصحيحة تقر بالزنا بالمجنون.

لأبي حنيفة: أن فعل المستأمن زنا، وإنما لا يحدّ لأنَّا أعطيناه الأمان علىٰ أن لا نأخذه بأحكامنا في حقوق الله تعالىٰ، وفعل الواطئ إذا كان زنا فتعذَّر فيه [الحدّ](٢)، لم يسقط عن المرأة، كما لو مات أو هرب.

---

(١) انظر: الأم ص١٢٤٩؛ رحمة الأمة ص٢٣١.

(٢) في أ (الوطء)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

فأما علىٰ أصل أبي يوسف: فالحربي يُحدُّ كما يحدُّ المسلم، فإقرارها بوطئه يوجب الحدّ عليها.

وأما محمد فقال: إن فعل الواطئ متبوعٌ، وقد سقط الحدّ فيه، فسقط عنها، كوطء الصبي والمجنون.

قال: ولو أقرّ مسلمٌ أنه زنىٰ بحربيّةٍ مستأمنةٍ في دار الإسلام، حُدّ المسلم في قولهم جميعًا.

أما علىٰ أصل أبي حنيفة؛ فلأن الحدّ وجب عليهما، (وإنما تعذّر في المرأة بالأمان، فهو كتعذره بموتها.

وأما علىٰ أصل محمد: فسقوط الحدّ عن التبع لا يوجبُ سقوطه عن المتبوع، كالعاقل يزني بالمجنونة.

وأما أبو يوسف: فيوجب الحدّ عليهما جميعًا)[1]، والمستأمنة عنده كالمسلمة في الحدِّ.

٢٦٦١ - [فَصْل: إقرار الرجل بالزنا بخرساء أو العكس]

قال: وإذا أقرّ الرجل أنه زنىٰ بخرساء، أو امرأةٌ أنها زنت بأخرسٍ، فلا حدّ علىٰ المقرِّ [٣٥٤/ب] في قولهم؛ وذلك لأن الأخرس يجوز أن يكون عنده شبهةٌ، لو قدر علىٰ الكلام لبيّنها، فلم يجز إيجاب الحدّ علىٰ المقِرّ مع الشبهةِ.

وليس كذلك الغائبة؛ لأنه ليس هناك سببٌ ظاهرٌ مانعٌ من ذكر الشبهة،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.




فلذلك لم يسقط الحدّ عن المقِرّ.

وقال في الأصل: قال أبو حنيفة: إذا زنىٰ الرجل بمستكرهةٍ، أو بمجنونةٍ، أو صبِيَّةٍ مثلها يجامع، أقمت عليه الحدّ، وكذلك إن زنىٰ بكل امرأةٍ يُزنىٰ بها لا يجب عليها [هي] الحدّ من غير شبهة.

وذلك لما بيَّنا: أن فعل الرجل هو المتبوع، فسقوط الحد عن التبع لا يوجبُ سقوطه عنه.

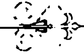
قال: وكل رجل زنىٰ بامرأةٍ لا يجب [عليها] الحدّ للشبهة، مثل الخرساء، والمرأة التي تقول تزوّجني، فلا حدّ عليه ولا عليها؛ وذلك لأن الشبهة إذا دخلت في الفعل من أحد الجهتين خرج من أن يكون زناً، فلا يتعلّق به حدٌّ.

قال: وكل امرأة زُني بها، فإن كانت ممن يجب الحدّ عليها، فعليه وعليها الحدّ إذا كانت مطاوعةً، [وإن كان لا يجب عليه الحدّ، فلا حدّ عليها ولا عليه][1]، وقد بيّنا هذا.

قال: وكل نكاحٍ درأت فيه الحدّ عن الرجل والمرأة، أوجبت فيه المهر؛ وذلك لقوله ﷺ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطلٌ، فإن دخل بها، فلها مهر مثلها بما استحلّ من فرجها**»[2]، فأوجب بالنكاح الفاسد المهر وأسقط الحدَّ[3].



(١) في أ (فإن كانت مكرهة، فلا يجب عليها الحد، ولا عليه)، والمثبت من ب، وهو الصواب.
(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)؛ والترمذي (١١٠٢) وقال «حديث حسن».
(٣) انظر: الأصل ١٨٣/٧ وما بعدها.

بَابُ
الشهادةِ على الزنا



قال أبو الحسن رحمه الله: ولا يُقبل على الزنا أقل من أربعة شهداء، وبذلك نزل القرآن، وأجمعت عليه الأمَّةُ، قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ١٥]، ولو ثبت الزنا بشهادة أقلّ من أربعةٍ، لم يكن لشرطهم معنى.

وقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: ٤]، وهذا يدلّ على أن القاذف إذا شهد له أقل من أربعة حدّ.

وقال النبي ﷺ لهلال بن أميّة لما قذف امرأته: **«ائتني بأربعة يشهدون وإلا فحدٌّ في ظهرك»**[١]، ولا خلاف في ذلك.

قال: وإذا شهد على الزنا أقل من أربعة، لم تجز شهادتهم على المشهود عليه، وهم قذفةٌ يحدُّون جميعًا حد القذف إذا طلب ذلك المشهود عليه.

وقال الشافعي: إذا جاؤوا مجيء الشهادة لم يحدّوا[٢].

لنا: إجماع الصحابة، وهو ما روي أن أبا بكرة، وشبل بن معبد، ونافع بن

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٢٦)

(٢) وقال الشافعي رحمه الله تعالى في الأم: «فلا يجوز في الزنا الشهود أقل من أربعة بحكم الله ﷻ، ثم بحكم رسوله ﷺ، فإذا لم يكملوا أربعة، فهم قذفة». ص ١٢٣٣.
وما ذكره المؤلف قول للشافعي كما قال الدمشقي في رحمة الأمة ص٢٣٢؛ وفي المنهاج للنووي: «ولو شهد دون أربعة بزنا حُدّوا في الأظهر» ص٥٠٥.

الحارث شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر بن الخطاب، ثم قام زياد وكان الرابع، فقال: رأيت أقدامًا باديةً، ونَفَسًا عاليًا، وأمرًا منكرًا، ولا أعلم ما وراء ذلك، فقال عمر بن الخطاب: الحمد لله الذي لم يفضح رجلاً من أصحاب رسول الله، وحدّ الثلاثة[1]، وذلك بحضرة الصحابة من غير خلافٍ.

ولأن المعنى المانع من قبول شهادتهم، نقصان العدد، وهو مقطوع به، فصار كترك لفظ الشهادة؛ ولأنا لو لم نحد مَن جاء مجيء الشهادة، لسقط حدّ القذف؛ لأن كل قاذفٍ يخرج قذفه مخرج الشهادة، فيسقط بذلك الحدّ عن نفسه، وهذا لا يجوز.

٢٦٦٢ـ [فَصْل: مجيء الشهود متفرقين يشهدون على الزنا]

قال: وكذلك إن جاء الأربعة متفرقين يشهدونَ على الزنا، وواحدٌ بعد واحدٍ، لم تقبل شهادتهم، وهم قذفةٌ يحدُّ كلّ واحدٍ حدَّ القذف ما كان عددهم.

وذلك لأن كمال العدد لو اعتدّ به في مجلسين لم يعجل عمر رضي الله عنه بحدّ الثلاثة، ولسألهم هل معهم من يشهد بدل زياد، فلما حدّهم في الحال ولم ينتظر كمال العدد، دلَّ على أن من شهد في مجلسٍ ثانٍ لا يعتدّ بشهادته؛ ولأنهم إذا حضروا وعددهم ناقص، صاروا قذفةً على ما قدمنا، ولزمهم الحد للمشهود عليه، فلم يجز الحكم عليه بشهادتهم بعد ذلك.

وأما إذا حضروا في مجلس واحدٍ، وجلسوا مجلسَ الشهود، وقام إلى القاضي واحدٌ بعد واحدٍ، فشهدوا، قبلت شهادتهم؛ لأنه لا يمكن أداء الشهادة

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٢٢٧)، وقال ابن حجر في الفتح: «إسناده صحيح» (٥/٢٥٦).




دفعةً واحدةً؛ لأن القاضي لا يفهم عنهم، وإنما يشهد واحد بعد الآخر، فلم يوجد في الشهادة ما يقتضي كونها قذفًا.

وقد روي أن عمر سمع الشهادة على هذا الوجه؛ وذلك لأنه أجلس المغيرة، فلما شهد عليه واحد، قال له: ذهب ربعك، فلما شهد الثاني، قال له: ذهب نصفك، فلما شهد الثالث قال له: ذهب ثلاثة أرباعك، فلما قام زياد، قال له: قم يا سُلَح[1] العقاب[2]، فهذا يدلّ على أن الشهادةَ: تقبل إذا اجتمع الشهود في مجلسٍ واحدٍ، وإن فرَّقوا الشهادة.

وقال ابن رستم عن محمد: في الشهود على الزنا إذا جاؤوا فرادى، قال: إذا كانوا قعودًا في موضع الشهود، فجاء واحدٌ بعد واحدٍ، فهؤلاء لا حدّ عليهم والشهادة جائزة، وإن كانوا خارجين من المسجد، فهؤلاء يضربون الحدّ، ولو كانوا مثل ربيعة ومضر.

وقال محمد في الأصل: إن الشهود إذا جاؤوا متفرقين واحدًا بعد واحد، إن شهادتهم لا تجوز، وأحدّهم جميعًا، وإن كانوا في مقعدٍ واحدٍ، فلما قاموا إلى القاضي، [قاموا] واحدًا بعد واحد، فإن هؤلاء تجوز شهادتهم، وهذا على ما قدمنا: أن الشهود لا يمكنهم أداء الشهادة دفعةً واحدةً، فلا بدَّ من هذا التفريق، فلا يقدح في الشهادة[3].

وأما إذا كانوا خارج المسجد، فهذا التفريق لا تدعو الحاجة إليه، فصار من

---

(١) «السُّلَح: ولد الحجل». القاموس المحيط (سلح).

(٢) ذكرها ابن خلكان في الوفيات (٣٦٥/٦)

(٣) انظر: الأصل ١٧٧/٧.




حضر منهم قاذفًا، فلم تقبل شهادتهم.

قال: وإذا شهد الشهود علىٰ رجلٍ (بالزنا بعد تقادم العهد)[1]، لم تجز شهادتهم عند أصحابنا جميعًا، وقال الشافعي: تقبل شهادتهم.

لنا: ما وري عن عمر بن الخطاب أنه قال: أيما شهودٌ شهدوا بحدٍّ، لم يشهدوا عند حضرته، فإنما هم شهود ضغنٍ لا تقبل شهادتهم[2]؛ ولأن الشاهد مخيَّر بين إقامة الشهادة وبين اختيار الستر، وهو مندوبٌ إلىٰ الستر، فإذا أخّر الشهادة من غير عذرٍ، فالظاهر أنه اختار الستر، فلما عاد فشهد، اتُّهم في شهادته؛ لأنه لم يترك ما اختاره من الندب إلا لأمرٍ هيّجه علىٰ ذلك، والشهادة تسقط بالتهمة[3].

وليس كذلك المقرّ بالحدّ بعد حين؛ لأن المقرّ لا يلحقه تهمةٌ فيما يقرّ به علىٰ نفسه، فلذلك قُبل إقراره.

ولهذا قال أصحابنا: إن المشهود عليه إذا كان في موضع ليس فيه حاكم، فحمل إلىٰ بلد الإمام، [٣٥٥/أ] جازت الشهادة وإن تأخرت؛ لأن هذا عذر في التأخير، فالظاهر أنهم تركوا الشهادة للعذر.

ولهذا سمع عمر الشهادة علىٰ المغيرة مع تأخرها؛ لأنه كان أمير البصرة، فلم يكن هناك من يشهَدُ عنده، فكتب عمر إليه: سلم ما قبلك إلىٰ أبي موسىٰ والْحَقْ بي، فلذلك قُبلتِ الشهادة مع التأخر.



(١) في ب (بزنا قديم).

(٢) عبد الرزاق (١٣٧٦٠)، والبيهقي في الكبرىٰ (٢٠٣٨٤)

(٣) في ب (للشبهة).

٢٦٦٣ ـ [فَصْـل: في توقيت التقادم]

قال: وكان أبو حنيفة لا يوقّت في التقادم شيئًا.

قال مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف(١): جهدنا بأبي حنيفة أن يُوقِّت في التقادم شيئًا، فأبىٰ.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا شهدوا بعد مضي شهرٍ من وقت ما عاينوا، فهو تقادمٌ، لا تجوز شهادتهم.

وحكىٰ الحسنُ بن زياد ومحمد عن أبي حنيفة: أنهم إذا شهدوا بعد سنةٍ لم تجز شهادتهم.

وجه قول أبي حنيفة: أن التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعذار، فوقف ذلك علىٰ اجتهاد الحاكم فيما يُعد تفريطًا وما لا يُعد؛ فلذلك لم تتقدر كما لا تتقدر قيم المتلفات.

والذي رواه الحسن عن أبي حنيفة لا ينافي هذا؛ لأنه جعل السنة تقادمًا، ولم يمنع ما دونها، والكلام في التقدير الذي اختصّ الحكم به.

وجه قولهما: أن الشهر في حكم البعيد، وما دونه في حكم القريب؛ ولهذا يُجعل أجلاً في الديون، فوجب أن يقدر التأخير به إذا لم يكن هناك عذرٌ ظاهرٌ.

٢٦٦٤ ـ [فَصْـل: الشهادة علىٰ زنا متقادم]

قال: وحكىٰ الحسن: أنهم إذا شهدوا علىٰ زناً متقادم، أنهم يضربون الحدّ.

---

(١) في ب (عن أبي موسىٰ).

قال أبو الحسن: لم أره عن غيره، والظاهر أنه لا حدّ عليهم؛ لأن الشهادة كاملةُ العدد، وإنما يسقط الحد عن المشهود عليه للشبهة، فلا يكون ذلك سببًا في إيجاب الحد على الشهود؛ (ولأن التهمة في تأخير الشهادة ليس بأكثر من فسق الشهود)[١]، ولو شهد الفساق بالزنا لم يجب عليهم الحد، فالعدول إذا اتهموا أولى.

وجه رواية الحسن: أنهم لما اختاروا الستر، خرج قولهم من أن يكون شهادة، فبقي أن يكون قذفًا، فتعلق به وجوبُ الحدّ.

٢٦٦٥ - [فَصْل: معرفة الشهود بتفاصيل موجبات الحدّ]

قال: وإذا شهدوا أنه زنى بامرأةٍ لا يعرفها الشهود، لم تجز شهادتهم، ولم يحد المشهود عليه.

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: وجملة هذا الباب[٢]: أن الشهود إذا شهدوا بالزنا، سألهم القاضي عن الزنا: ما هو؟ وكيف هو؟، فإن وصفوا الزنا وقالوا: رأيناه وطئها في الفرج، يولج كما يولَج الميل في المكحلة، سألهم القاضي: متى زنى؟ وأين زنى؟ وبمن زنى؟ فإذا بيّنوا ذلك، وجب الحدّ.

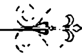
وإنما يسألهم عن الزنا وكيفيته؛ لأن ما دون الزنا يسمى باسم الزنا على وجه[٣] المجاز، ولهذا قال ﷺ: «**العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، ثم يحقق ذلك الفرج**»[٤]، فلا يؤمن أن يسمي الشهود مقدمات الزنا.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) أخرجه البخاري (٥٨٨٩)؛ ومسلم (٢٦٥٧).

ولهذا يسألهم الحاكم عن الزنا: ما هو؟ وكيف زنىٰ؟، فإذا بيّنوا ذلك سألهم متىٰ زنىٰ؛ لأنه يجوز أن يكون زنىٰ في وقتٍ متقادمٍ، وقد بيّنا أن التقادم من غير عُذر يمنع [من] قبول الشهادة، وسألهم: أين زنىٰ؛ لجواز أن يكون زنىٰ في دار الحرب، والمُسلم إذا زنىٰ في دار الحرب ثم خرج إلينا، لم يقم عليه الحدّ؛ لأنه لم يكن للإمام يدٌ عليه عند وجوبِ الحدِّ، فصار ذلك شبهةً فيه.

ويسألهم: بمن زنىٰ؛ لأنهم (إذا لم يعرفوا المزني بها، جاز أن تكون زوجته، أو جاريته، فلا يجب الحدّ بوطئها)[١]، فإذا قالوا: لا نعرفها، صار ذلك شبهةً، فمنعت من قبول الشهادة[٢].

وإذا صحّت الشهادة؛ سأل الحاكم المشهود عليه: أمُحصَنٌ هو أم لا؛ لأن النبي ﷺ سأل ماعزًا عن الإحصان، فأقرّ به، فرجمه.

وإنما وجبت المسألة؛ لأن الحدّ يختلف علىٰ ما قدمنا: أن الواجب في حدّ البكر الجلد، وفي الثيب الرجم، فوجبَ علىٰ القاضي أن يسأل عن ذلك ليعلم مقدار الحدّ الواجب.

[قال]: فإن أقر بالإحصان عند الحاكم، أو شهد الشهود علىٰ إحصانه، سأله الحاكم عن الإحصان: ما هو؟ فإذا وصف الإحصان الذي بيَّنتُ لك، أمر برجمه، وإن كان إحصانه ثبت بشهودٍ، سأل الحاكم الشهود عن الإحصان: ما هو؟ فإذا بيّنوه، أمر برجمه.

وإنما ابتدأ بمسألته؛ لأنه يجوز أن يقرّ، فيستغني بإقراره عن البينة، فإذا

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ١٥٠/٧ وما بعدها.

أقر قَبِلَ إقرارَه؛ لأن النبي ﷺ قبل إقرار ماعز بالإحصان؛ ولأنه غير متهم على نفسه.

وإنما يسأله القاضي عن تفسير[1] الإحصان، ويسأل الشهود عن ذلك؛ لأن شرائط الإحصان مختلفٌ فيها، فلا[2] يؤمن أن يعتقد المقرّ أو الشهود في الإحصان ما لا يعتقده الحاكم، فوجب أن يسألهم عن تفسيره[3].

٢٦٦٦ـ [فَصل: ثبوت الإحصان بالشهادة]

قال: والشهادة على الإحصان مثل الشهادة على الأموال، تثبت بشاهدين، وبرجلٍ وامرأتين، وبالشهادة على الشهادة.

وقال زفر: لا يثبت الإحصان بشهادة النساء.

وجه قولهم: أن الإحصان هو النكاح والبلوغ والعقل والإسلام والدخول، وهذه المعاني تثبت بشهادة الرجال والنساء عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع؛ ولأن الإحصان سببٌ في الرجم، والأسباب تثبت بما لا يثبت به مُسبباتها؛ بدلالة أن الولادة تثبت بشهادة النساء، وإن لم يثبت [بها] النسب.

وجه قول زفر: أن [هذه] الشهادة يثبت بها القتل، وشهادة النساء لا تقبل في القتل.

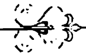
والجواب: أن القتل يثبت بالزنا، فأما الإحصان فإنما هو سببٌ فيه، فلو

---

(١) في ب (عن تفسير، وهي وهم).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ١٤٣/٧ وما بعدها.

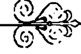
وجب اعتبار الذكورية [فيه] ـ كما وجبت في الزنا ـ، لوجب اعتبار العدد الذي يثبت به الزنا، وهذا لا يصحّ.

٢٦٦٧ ـ [فَصل: تعمد الشهود النظر إلى الوقاع]

قال: وإذا تعمدوا[١] [النظر] إذا رأوا الزاني حتى أثبتوا الإيلاج على الصفة (التي يكون)[٢]، جَاز ذلك لهم أن يفعلوه، وإن وقع ذلك على مفاجأةٍ، جاز؛ وذلك لأنه لا يمكن إقامة الحدّ بشهادةٍ إلا باعتماد النظر، حتى يتبين لهم الفعل، والشهادة معنى جائز، فجاز ما لا يتوصل إليه إلا به، كما يجوز للقابلة تعمد النظر إلى الفرج (لإقامة الشهادة على الولادة، وكما جاز للطبيب تعمد النظر إلى الفرج)[٣] إذا احتاج إلى مداواته[٤].



(١) في ب (وإذا تعمد الشهود).
(٢) في ب (التي ذكرنا).
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٤) انظر: الأصل ١٤٨/٧.




بَابُ
رجوع الشهود وما في معناه



قال أبو الحسن: وإذا شهد أربعة على رجلٍ بالزنا، وهم عدول، فقضى عليه الحاكم بالحدِّ أو لم يقض، ثم رجع أحدهم [٣٥٥/ب] وقد ضرب [بعض][١] الحدّ أو لم يضرب، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: يُضْرَب الشهود جميعًا ـ من رجع ومن لم يرجع ـ حدَّ القذف، إلا أن يكون الرجوع بعدما كمل الحد، فيحدّ الراجع وحده.

وقال زفر: إذا رجع واحد منهم بعدما شهدوا، فلا حد إلا على الذي رجع.

قال [الشيخ] أيده الله تعالى: وجملة هذا: أن الرجوع لا يخلو: إما أن يكون قبل الحكم، أو بعد الحكم قبل الاستيفاء، أو بعد الحكم والاستيفاء، فإذا رجع أحدهم قبل أن يحكم به، حدُّوا جميعًا عند أصحابنا، وقال زفر: يحدّ الراجع وحده.

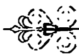
وجه قولهم: أن الطارئ على الشهادة قبل الحكم بها كالموجود في الابتداء، (الدليل عليه: عُمْيُ الشهود ورِدَّتُهم، ومَعلومٌ أنه لو شهد في الابتداء أقلّ من أربعةٍ، حُدّوا، كذلك إذا صاروا كذلك قبل الحكم؛ ولأن الطارئ قبل الحكم في الأموال كالموجود في الابتداء)[٢]، ففي الحدود أولى.

وجه قول زفر: أن عدد الشهود لما تمّ عند الأداء، صحت شهادتهم،

---

(١) في أ (المحصن)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




فالراجع يصدّق علىٰ نفسه في إيجاب الحدّ، ولا يصدّق عليهم.

وأما إذا رجع أحدهم بعد الحكم قبل الاستيفاء، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يحدون جميعًا. قال محمد: يحدُّ الراجع خاصَّةً.

وجه قولهما: أن الطارئ علىٰ الشهادة في الحدود بعد الحكم قبل الاستيفاء، كالموجود في الابتداء؛ بدلالة رِدّة الشهود، وقد بيّنا أن رجوع أحدهم قبل الحكم يوجب الحدّ عليهم، فكذلك رجوعه بعده.

وجهُ قول محمد: أن الشهادة قد صحّت بحكم الحاكم، فلم يُصدّق الراجع علىٰ إبطال الشهادة بعد صحتها، فكأنه رجع بعدَ الاستيفاء، وليس كذلك رجوعه قبل الحكم؛ لأن صحة الشهادة موقوفٌ علىٰ الحكم، فلم يكن رجوعه إبطالاً للشهادة (التي صحّت)[1].

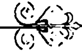
فأما إذا رجع أحدهم بعد استيفاء الحدّ، فلا يخلو: إما أن يكون الحدّ الجلد، أو الرجم، فإن كان الجلد فرجع أحدهم، فعليه الحدّ خاصةً في قولهم؛ وذلك لأن الطارئ علىٰ الشهادة بعد استيفاء ما وجب بها لا يتعلّق به حكمٌ، فلم يقدح رجوع الراجع في الشهادة، وإنما اعترف علىٰ نفسه بالقذف، فوجب عليه الحدّ خاصةً.

قال أبو حنيفة: لا ضمان علىٰ الراجع من أرش السياط، وكذلك إن مات من الجلد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن.

---

(١) في ب (قد صحت).

وجه قول أبي حنيفة: أن الأثر والموت ليس بموجب الشهادة، بدلالة أن الجلاد قد يجلده فيبقىٰ لجلده أثرٌ وقد لا يبقىٰ، ويموت المجلود ولا يموت، فلو كان ذلك من موجب الشهادة، لم ينفك عنها كزوال[1] الجلدات، وكالموت في الرجم، وما لم يوجبه الشاهد بشهادته، لم يلزمه ضمانه.

ولأنه لا يخلو: أن يجب الضمان في بيت المال، أو علىٰ الشاهد، أو علىٰ الجَلَّاد، ولا يجوز إيجابه في بيت المال؛ لأن الأثر ليس من موجب الحكم، ألا ترىٰ أنه [قد] ينفك عن الحكم، وما لم يوجبه الحاكم لا يجوز أن يتعلق ببيت المال، ولا يجوز أن يضمن الشاهد لما قدّمنا، ولا يجوز أن يضمن الجلاد؛ لأنه مأذون في الفعل من طريق الحكم لا علىٰ وجه البدل، ولم يعتمد تجاوز ما أمر به، فصار كمن يستعين به في دقّ ثوبٍ فتخرّق، فلم يبق إلا سقوط الضمان.

وجه قولهما: أن الأثر من موجب الضرب، والضرب حصل بمقتضىٰ الشهادة، فكان الشاهد هو الموجب له، فوجب عليه ضمانه.

وإذا ثبت هذا، لزم الراجع ربع أرش الضرب؛ لأن ذلك هو الموجب له لشهادته، وإن مات المضروب، وجب عليه ربع الدية، وسقط أرش الضرب؛ لأنه ضمان حدٍّ، فيدخل في ضمان النفس.

وأما إذا كان الحدّ للرجم، فمات المرجوم، ثم رجع أحد الشهود، فعلىٰ الراجع الحدّ عند أصحابنا، وقال زفر: لا حدّ عليه.

وجه قولهم: أن الراجع صار قاذفًا عند رجوعه بالشهادة السابقة، ولم يصر قاذفًا بالشهادة؛ بدلالة أنا لو جعلناه قاذفًا حينئذٍ، أوجبنا علىٰ بقية الشهود الحدّ،

(١) في ب (كعدد).

كما لو شهد ثلاثةٌ مع القاذف، فلما لم يجب الحدّ عليهم بالاتفاق، دلَّ علىٰ أنا جعلناه قاذفًا في الحال بالقول السابق، ومن قذف ميتًا وجبَ عليه الحدّ.

ولا يقال: لو جعلناه قاذفًا في الحال لم يجب عليه الحدّ؛ لأنه قذف من حكم الإمام بزناه، فصار كما لو قذفه غير الشاهد؛ وذلك لأن غير الشاهد إذا قذف لم يقدح قذفه في الشهادة، فبقيت علىٰ حالها، فسقط الحد عنه بقذفه مَن حُكم بزناه، فأما الشاهد، ففي زعمه أنه كذب في شهادته، فإن المشهود عليه علىٰ إحصانه، فقبل قوله علىٰ نفسه.

ولا يقال: لو كان كما قلتم؛ لوجب أنه إذا قذف المرجومَ أجنبيٌّ، ثم قال: كذبت عليه في قذفي وهو مُحصَنٌ، حُدَّ؛ وذلك لأن الأجنبي إذا قذفه وأكذب نفسه، لم يقدح ذلك في زعمه في الشهادة الموجبة لإبطالِ إحصانه، [وفي زعم] هذا الشاهد أن الشهادة المبطلة للإحصان قد بطلت، فلذلك صدّق في حق نفسه.

وجه قول زفر: أن الشاهد برجوعه معترفٌ بإحصان المقذوف، فلا يجوز أن يجعل وصفه له بالعفة قذفًا، فلم يبق إلا أن يكون قاذفًا بالشهادة، ومن قذف حيًّا ثم مات، سقط الحد [عنه] علىٰ أصلنا: أن الحدّ لا يورث(١).

٢٦٦٨ - [فَصل: رجوع الشاهد الخامس بعد مضي الحد]

قال: فإن كان الشهود خمسةً فضرب الحدّ بشهادتهم، ثم رجع واحد، لم يكن عليه شيء، وأُمضي الحدّ علىٰ المشهود عليه بشهادة مَن بقي؛ وذلك لأن الباقي علىٰ الشهادة إذا كان ممن [ثبت بشهادته الحدّ](٢)، لم يجب علىٰ الراجع

---

(١) انظر: الأصل ١٤٧/٧ - ١٥٠.

(٢) في أ (تثبت شهادته)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.

برجوعه شيء؛ لأن ما شهد به مستحَقٌّ بشهادة غيره.

فإن رجع آخر ضمن الراجعان ما كان يضمنه الواحد إذا كانوا أربعة، فيضمنان ربع الدية إن كان مات، وإن لم يمت، ضمنا ربع الأرش في قول أبي يوسف ومحمد، ولا يضمنان في قول أبي حنيفة أرش الضرب؛ وذلك لأن المعتبر عند الرجوع بالباقي على الشهادة، (من ثبت بشهادته الحقّ، لم يجب على الراجع ضمان، وقد بقي على الشهادة)[1]، في مسألتنا من ثبت بشهادته ثلاثة أرباع الحق، فصار الربع تالفًا بشهادة الراجعين، فكان عليهما ضمانه.

ولا يقال: إن الأول لما رجع لم يجب عليه برجوعه ضمان، فكيف يجب عليه الضمان برجوع غيره؛ وذلك لأن هذا المعنى لو صحّ لكان خمسة إذا رجعوا معًا، لم يجب على واحد منهم ضمان؛ لأن من حجة كل واحد أن يقول: لو انفردت برجوعي لم يجب عليّ ضمان، فلا يجب عليّ برجوع غيري، فلما وجب عليهم الضمان، [٣٥٦/أ] دلّ على بطلان هذا السؤال.

٢٦٦٩ - [فَصْل: الحد فيما إذا لم يُعرف عدالة الشهود]

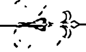
قال: ولو شهد أربعةٌ على رجلٍ بالزنا، فسمع الحاكم ولم يَعرف عدالة الشهود، فزكوا أو لم يزك واحدٌ منهم، فلا حدّ على أحدٍ منهم.

وكذلك إن كانوا فسَّاقًا أو مجانين؛ وذلك لأن الزنا شهد به أربعةٌ من أهل الشهادة، وإنما لم يثبت الحدّ بشهادتهم للتهمة، وما كان سببًا في إسقاط الحدّ عن واحدٍ، لم يكن سببًا[2] لإيجاب الحدّ على غيره.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

قال: ولو كانوا أربعة، فشهد ثلاثة منهم عليه بالزنا، وشهد الرابع على شهادة غيره، فإنه يحدّ الثلاثة الذين شهدوا على شهادة أنفسهم.

قال[1]: ولا يحدّ الذي شهد على شهادة غيره، ولا يحد المشهود عليه؛ وذلك لأن الشهادة على الشهادة لا تقبل في الحدّ؛ لأنها قائمةٌ مقام الغير، كشهادة النساء، وإذا سقطت شهادةُ الشاهد على شهادة غيره، بقي الشهود ثلاثةً، فوجب عليهم الحدّ، ولا حدّ على الرابع.

وكذلك لو شهد أربعةٌ على شهادة أربعةٍ؛ لأن الشاهد على شهادة غيره حاكٍ للقذف عن غيره، والحاكي للقذف لا يجب عليه الحدّ.

قال: وإن كان في الشهود ـ وقد شهدوا بشهادة أنفسهم ـ عبدٌ أو مكاتبٌ أو مدبّرٌ (أو صبيٌّ)[2] أو أعمى أو محدودٌ في قذفٍ، حدّوا جميعًا؛ وذلك لأن المانع من قبول شهادتهم ثبت من طريق الحكم، فصار كنقصان العدد وترك لفظ الشهادة.

قال: فإن علم ذلك بعد أن أقيم على المشهود عليه الحد، وهو جلدٌ أو رجمٌ، فإن كان رجمًا لم يحدّوا، والدية على الحاكم في بيت المال.

وإن كان الحد جلدًا ضربوا الحد إذا طلب ذلك المشهود عليه.

ولا يلزم الشهود شيءٌ من أرش الضرب في قول أبي حنيفة، ويكون ذلك على الإمام في بيت المال على قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأنه لما رجم

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (أو زمن).




بشهادتهم، فقد حكمنا أنهم قذفةٌ عند الشهادة، ومن قذف حيًّا ثم مات سقط الحدّ عنه؛ لأن الحدّ لا يورث على ما سنبيِّنه.

فإن كان الحدّ جلدًا حدُّوا حدَّ القذف؛ لأن المقذوف باقٍ، فكان له المطالبة بالحدِّ.

فأما أرش الضرب والدية فلا ضمان فيهما عند أبي حنيفة على ما قدمنا: أن الجرح والموت غير موجبٍ بالشهادة، ولا بالحكم، وعلى قولهما: يجب في بيت المال؛ لأنه غلطٌ من الإمام.

[فأما في الرجم: فالدية في بيت المال في قولهم جميعًا؛ لأنّ الرجم موجبٌ بالشهادة، وقد تبيّنا غلط الإمام] في حكمه بشهادة من ليس من أهل الشهادة، والإمام [لا يجوز أن يلزمه][1] ضمانٌ فيما يتصرف به للمسلمين؛ إذ لو لزمه ضمانٌ لم ينفذ حكمه كحقوقِ نفسه، وإذا سقط الضمانُ عنه، وجب على من وقع التصرف له، وما وجب على المسلمين كان في بيت مالهم.

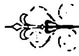
ولهذا قالوا: إن الإمام لو حكم بالقصاص بشهادة عبيد، أو بمال، ثم بان له ذلك، وجب الضمان على المقضي له، ولا يجب في بيت المال؛ لأن الحكم وقع لحقّ المدّعي، فكان الضمان عليه، وفي مسألتنا: وقع [الحكم] لحقّ المسلمين، فكان الضمان عليهم[2].

٢٦٧٠ - [فَصل: كون أحد الشهود زوجًا]

قال: وإن كان المشهود عليه امرأةً، وأحد الشهودِ زوجها، فلم يزكوا أحد

---

(١) في أ (لا يجوز له أن يلزمه)، بزيادة (له)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.
(٢) انظر: الأصل ١٤٧/٧، ١٤٨.




الثلاثة، لاعَنَ الزوجُ والمرأةُ؛ وذلك لأن الزوج إذا لم يثبت زنا امرأته، كان موجب قذفه اللعان، وإذا وجب عليه اللعان، خرج من أن يكون شاهدًا، وصار مُدَّعيًا، فنقص عدد الشهود عن أربعة، فوجب عليهم الحدُّ.

٢٦٧١ - [مَسألةٌ: اختلاف الشهود بين الإكراه والطوع بالتساوي]

قال[(١)]: وإذا شهد أربعةٌ على رجل بالزنا بهذه المرأة، فشهد اثنان أنها طاوعته، وشهد الآخران أنه استكرهها، فلا حدّ على الرجل ولا على المرأة في قول أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحدّ الرجل وحده، ولا حدَّ على الشهود في قولهم.

[وجه قول أبي حنيفة وزفر][(٢)]: أن كلّ واحدٍ من الفريقين يشهد بفعلٍ غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر، ألا ترى أن شهود الإكراه شهدوا بفعلٍ ينتقل حكمه إلى غير الفاعل، وشهود الطوع شهدوا بفعلٍ لا ينتقل حكمهُ[(٣)] إلى غير الفاعل، وإذا اختلف الفعلان، لم تقبل الشهادة، كما لو شهد كل فريقٍ بزنا في بيتٍ [آخر][(٤)].

ولأن كل شهادةٍ لم تستوف الحدّ من أحد الواطئين لاختلافهما، لم تستوف من الآخر، كالشهادة على الزنا في بيتين.

واحتج الطحاوي: أن شاهدي الطوع قذفا المرأة، وإنما سقط الحد عنهما

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في أ (وجه قولهما)، والمثبت من ب، والعبارة في أ موهمة.
(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٤) في أ (واحد) والمثبت من ب.




بشهادة الشاهدين أنها وطئت مكرهةً، وإذا صارا خصمين في هذه الشهادة، احتاجا إلىٰ بيّنةٍ، فلم يجز أن يحكم بشهادتهما فيما صارا خصومًا فيه.

وجه قولهما: أنهم اتفقوا في الرجل علىٰ فعلٍ واحد، وإنما اختلفوا في المرأة، فوجب الحد علىٰ من اتفقوا علىٰ زناه، وسقط عمَّن اختلفوا في حاله، كما لو شهد شاهدان أنه زنىٰ بها وهي مجنونةٌ، و[شهد] شاهدان أنه زنىٰ بها وهي عاقلةٌ.

وإنما لم يجب الحد علىٰ الشهود؛ لأنهم اتفقوا علىٰ الشهادة (علىٰ وطء)[1] امرأةٍ واحدةٍ، فصار كالشهادة علىٰ الزنا في بيِّنتين؛ ولأن شاهدي الإكراه [قد] شهدا أنها وُطئت وطئاً يُسقط الحدّ عن قاذفها، فلا يجب علىٰ شاهدي الطوع [الحدّ].

٢٦٧٢ - [فَصْل: شهادة الرابع بالإكراه مخالفًا للثلاثة]

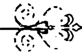
قال: ولو شهد ثلاثةٌ أنه زنىٰ بها مطاوعةً، وواحد أنه استكرهها، لم يحدّ واحدٌ من الشهود في قول أبي حنيفة وزفر، وقال أبو يوسف ومحمد: يحدّ الثلاثة.

لأبي حنيفة [وزفر]: أنهم اتفقوا علىٰ وطء امرأةٍ واحدةٍ، وإنما اختلفوا في الفعل، فصار كالشهادة بالوطء في بيتين؛ ولأنهم لما اتفقوا علىٰ الشهادة، وسقط الحد عن المشهود عليه للشبهة، لم يجز إيجاب الحد بذلك علىٰ الشاهد.

وجه قولهما: أن الثلاثة شهدوا بالطوع، ولم يثبت وطؤها وطئاً حرامًا إلا بشهادة واحدٍ، وذلك لا يعتد به في إبطال الإحصان، فبقي إحصانها بحاله، فوجب علىٰ الثلاثة الحدّ.

---

(١) في ب (بوطء).

ولهذا المعنىٰ لم يحكما بوجوب الحدّ علىٰ الواطئ؛ لأنهم صاروا خصومًا في هذه الشهادة، حتىٰ وجب عليهم الحدّ [لها][1]، فلم يجز الحكم بشهادتهم.

٢٦٧٣ـ [فَصْل: شهادة الرابع بالطوع مخالفًا للثلاثة]

قال: وقد روىٰ ابن أبي مالك عن أبي يوسف: إذا شهد ثلاثةٌ بالإكراه، وواحدٌ بالطوع، لم يحدّ الواحد؛ وذلك لأن إحصانها بطل بشهادة ثلاثةٍ أنها وُطئت وطئًا حرامًا، فلم يجب علىٰ شاهدِ الطوع الحدّ بقذفه.

والكلام في هذه[2] الفصول علىٰ هذه الرواية: أن الشهود إذا شهدوا علىٰ المرأة أنها وطئت مكرهةً، سقط الحد عن قاذفها؛ لأنه وطءٌ محرمٌ في غير ملكٍ، وإنما سقط الحدّ فيه بالشبهة، فأبطل الإحصان.

[وقد روي عن أبي يوسف][3]: أن من زُنيَ بها مكرهةً، لم يسقط الحدّ عن قاذفها، فعلىٰ هذه الرواية عنه يجب الحد علىٰ شهود الطوع، وإن كان شهود الإكراه اثنين فصاعدًا. [٣٥٦/أ]

٢٦٧٤ـ [مَسألةٌ: اختلاف الشهود في المكان والزمان]

قال: وإذا شهد شاهدان أنه زنىٰ بها في مكان كذا وكذا، وشهد الآخران علىٰ مكان آخر، والمكانان لا يجوز أن يقع فيهما فعلٌ واحدٌ، فلا حدّ علىٰ المشهود عليه ولا علىٰ الشهود في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد.

---

(١) في أ (بوطئها)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٢) في ب (ظاهر).

(٣) في أ (وقد روىٰ أبو يوسف)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.




وقال زفر: يحدّ الشهود، وكذلك الاختلاف في الأوقات.

وجه قولهما: أن الأربعة اتفقوا على الشهادة بالزنا بامرأةٍ واحدةٍ، وإنما سقط عن المشهود عليه بالشبهة، فلم يجز إيجابُ الحدّ بذلك على الشهود.

وجه قول زفر: أن كلّ واحدٍ من (الفريقين يشهد بفعلٍ غير الفعل الذي شهد به الفريق الآخر، وكلّ واحد من)[1] الفعلين لا يثبت بأقلّ من أربعةٍ، والشهود بالزنا إذا نقص عددهم عن أربعةٍ حُدُّوا.

٢٦٧٥ - [مَسألةٌ: الحد فيما شهد الشاهدان بزاوية في البيت والآخران بأخرى]

قال: ولو شهد أربعةٌ على رجل بالزنا في بيتٍ واحدٍ، فقال اثنان: في هذه الزاوية، وقال آخران: في هذه الزاوية الأخرى، فإنه يحدّ المشهود عليه إذا كان متقاربًا يجوز أن يقرّبها أحد الفريقين إلى أحدهما؛ لأنها أقرب إليه عندهما، ويقرّبها الآخران إلى الأخرى؛ لأنه عندهما أقرب إلى هذه [الزاوية]، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهو استحسان.

والقياس: أن لا حدّ على المشهود عليه، وما حكيناه من العلة فليس بمنصوصٍ عنهم، ولكنه موضوعٌ على هذا عندي.

وقال زفر: يحدّ الشهود، ولا يحدّ الرجل.

أما وجه القياس: فلأن كل واحد من الفريقين شهد بالزنا في مكانٍ غير المكان الذي شهد به الآخر، فصار كالشهادة بالزنا في بيتين.

وجه الاستحسان: أن الشهود عدولٌ، فما أمكن حمل أمرهم على الصحة،

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

كان ذلك أولىٰ من حمل أمرهم علىٰ الفساد، والبيت الصغير يجوزُ أن يقرب الشهود موضع الفاعل من أحد زواياه، ويقربه الآخر من زاويةٍ أخرىٰ، فلا يتبين بذلك الاختلاف في الشهادة، فوجب الحدّ بها، [هذه][1] طريقة أبي الحسن.

ومن أصحابنا من قال: إن البيت الصغيرَ قد يبتدأ الفعل في بعض جوانبه، وينتهي الفاعل بالحركة إلىٰ جانبٍ آخر، فيكون الفعل فعلاً واحدًا وإن اختلف مكان الفاعل؛ فلذلك وجب الحدّ، وهذا الاستحسان عندنا في تصحيح الشهادة، فإذا صحّت بالاستحسان، وجب الحدّ بالنص؛ لأنا إذا لم نوجب الحدّ بالقياس، فأولىٰ أن لا نوجبه بالاستحسان.

وجه قول زفر: أن كلّ واحدٍ منهم شهد بفعلٍ غير الفعل الذي شهد به الآخر، فصار كالشهادة بالفعل في بيتين، وإنما أوجب زفر علىٰ الشهود الحدّ علىٰ أصله: أن اختلاف الفعل يوجب الحدّ علىٰ الشهود كما بيّنا في البيتين.

٢٦٧٦ - [مَسألةٌ: ظهور خلاف التزكية في الشهود بعد إقامة الحد]

قال: وإذا زكّىٰ الشهودَ نفرٌ زعموا أنهم أحرار، فرُجِم بشهادتهم، ثم وُجِد بعض الشهود عبيدًا، فلا بأس[2] علىٰ المزكين عند أبي حنيفة، إذا تمّ المزكون علىٰ شهادتهم أنهم أحرار، لم يقض علىٰ المزكين بشيء، وإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليهم.

وجه قول [أبي حنيفة][3]: أن المزكين جعلوا شهادة الشهود شهادةً، ألا

---

(١) في أ (ذكره)، والمثبت من ب، والعبارة به صحيحة.

(٢) في ب (فلا شيء).

(٣) في أ (محمد)، والمثبت من ب، وهو الصواب في السياق.




ترىٰ أنها كانت موجودة قبل التزكية، ولا يتعلّق بها حكمٌ، وإنما تعلّق بها بالتزكية، وإذا كانوا هم الذين جعلوا شهادتهم شهادةً، وجب عليهم الضمان، كالشهود إذا رجعوا، لما كان كل واحد منهم جعل شهادة الباقين شهادة، وجب عليه الضمان عند رجوعه، وليس كذلك شهود الإحصان إذا رجعوا؛ لأنهم لم يجعلوا شهادة شهود الزنا [شهادةً]، ألا ترىٰ أنها كانت موجودةً، والحكم يتعلّق بها، فلذلك لم يجب عليهم [ضمانٌ.

وجه قولهما: أن المزكين سببٌ، فلا يجب عليهم] ضمانٌ كشهود الإحصان.

وأما إذا ثبت المزكون علىٰ التزكية، فلم يجب عليهم الضمان؛ لأنهم لم يتعرضوا[١] لما يوجب الضمان عليهم، فلذلك لم يلزمهم شيءٌ، ولا يضمن الشهود؛ لأنا لا نتبيّن كذبهم؛ لجواز أن يكونوا صدقوا[٢]، فإن كانوا عبيداً فالضمان إنما يجب عليهم بإتلاف المشهود عليه[٣] بغير حق.

قال: فإن كان المزكون إنما قالوا: إنهم عدولٌ، ثم وُجِدوا عبيدًا، فلا ضمان عليهم؛ لأن الرق والعدالة لا يتنافيان، فلم يخبروا بأمرٍ تبينّا خلافه[٤].

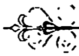
قال: وإذا شهد أربعة علىٰ رجل بالزنا، فادعىٰ المشهود عليه أن أحد الشهود عبدٌ، فالقول قوله حتىٰ يقيم الشهودُ بيّنةً أنه حرٌّ؛ لأن الناس أحرارٌ في كل شيءٍ إلا في أربعة خصالٍ: الشهادة، والقصاص، والعقل، والحدود؛ وذلك لأن

(١) في ب (لم يعرفوا).

(٢) في ب (لجواز أن يصدقوا).

(٣) في ب (المشهود به).

(٤) في ب (ثبت خلافه).

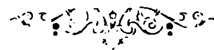



الحرية ثابتة من طريق الظاهر، والظاهر يُدفَع به دعوىٰ المدعي[١]، ولا يُستحقّ به علىٰ الغير، ولو حكمنا بالحريّة في الشهود لاستحققنا به علىٰ المشهود عليه الحدّ بظاهر حريَّتهم، وهذا لا يجوز.

وأما القصاص، فهو إذا قطع رجلٌ يد رجلٍ، وزعم القاطع أن المقطوع عبدٌ، لم يقتصّ منه حتىٰ يقيم البينة علىٰ حريته؛ لأن الحريّة ظاهرٌ، فلا يستحقّ بها القصاص علىٰ القاطع.

وأما العقل، فإذا قتل الرجل رجلاً [خطأً]، فزعمت عاقلته أنه عبد، لا يلزمهم تحمل العقل منه، والقول قولهم حتىٰ تثبت حريته؛ لأن ظاهر الحرية لا يستحق به العقل عليهم.

وأما الحدود، فإذا قال من وجب عليه الحد: إني عبدٌ[٢]، لم يضرب[٣] حتىٰ يشهد الشهود بحريَّته؛ لأن الاستحقاق عليه لا يثبت بظاهر الحريَّة[٤].

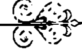


(١) في ب (يدفع به الدعوىٰ).

(٢) في ب (إنه عبد).

(٣) في ب (لم يحد).

(٤) انظر: الأصل ١٧٦/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ١٧٧/٦ وما بعدها.

بَابُ
الحدِّ تدخلهُ الشبهةُ بعد وجوبِهِ



قال ابن سماعة وعلي بن الجعد في الإملاء عن أبي يوسف، ورواه أيضًا ابن سماعة في نوادره، قالا: سمعنا أبا يوسف قال: في رجل فجر بامرأة ثم تزوَّجها، إن أبا حنيفة قال: لا حدّ عليه.

وقال أبو يوسف: عليه الحدّ.

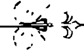
وروىٰ ابن سماعة عن محمد في نوادره، في رجل يزني بأمةٍ ثم يشتريها، (أو يزني بحُرةٍ ثم يتزوجها، قال: عليه الحدّ في ذلك كله في قول أبي حنيفة ومحمد.

ولأن الشهود إذا قالوا: نشهد أنه زنىٰ بها، فالزنا علىٰ وجهٍ واحدٍ، لا أبالي اشتراها أو لم يشتر)(١)، أو تزوجها أو لم يتزوجها.

قال: فإن اشترىٰ ـ [يعني] السارق ـ المتاع من صاحبه قبل القطع، أو وهبه له، أو تصدّق به عليه، وصار المتاع لا خصم [فيه](٢)، إني لا أقطع السارق حتىٰ يحضر المسروق منه، فيدعي المتاع.

قال محمد: وقال أبو يوسف: لا أحده في الحُرة ولا الأمة، يقول: لأن الفرج قد حلّ [له]، فلا أحدّه في شيء قد حَلّ له.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في أ (له)، والمثبت من ب.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: ورواه محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف [مثل][1] رواية الإملاء في القولين جميعًا. [٣٥٧/أ]

وقال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً زنىٰ بامرأةٍ ثم تزوجها، كان عليه الحدّ وعليها، ولو زنىٰ بأمةٍ ثم اشتراها، دُرِئ عنه الحدّ.

وكذلك لو وُهبت له أو تُصدِّق بها عليه، فقبضها، وكذلك لو ورثها أو أوصي له بها، أو ملك شيئًا منها، درئ عنه الحدّ في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يقام عليه الحدّ في ذلك كله.

وجه رواية الإملاء: أن الطارئ علىٰ الحدود قبل استيفائها بمنزلة الموجود في الابتداء، فلو تزوجها ابتداءً أو اشتراها، ثم وطئها، سقط الحدّ عنه، فكذلك إذا ملكها في الثاني.

وعلىٰ هذا قالوا: في السارق إذا ملك العين المسروقة قبل القطع سقط القطع عنه لهذه العلة.

وجه رواية محمد: أن الزنا وجب لاستيفاء منفعة المزني بها، لا لعينها، والمنفعة التي يوجب الحدّ بها لا تُملَك بعقد النكاح ولا بالشراء، وإنما تُملَك منافع أخرىٰ، وملك ما لا يتعلّق به الحدّ لا يُسقط الحدّ، وليس كذلك إذا اشترىٰ العين المسروقة؛ لأن الحدّ وجب لأجل العين، وقد طرأ الملك علىٰ نفس ما تعلّق به الحدّ.

وجهُ رواية الحسن: أن الحُرّة لا تُملك بضعها بالنكاح؛ بدلالة أنها لو

---

(١) في أ (فإن)، والمثبت من ب.

وطئت بشبهةٍ كان المهر لها، وإذا لم يُملَك ما وجب الحد لأجله، لم يسقط الحدّ.

فأمَّا الأمة، فقد ملك بضعها؛ بدلالة أنها لو وطئت بشبهة استُحِقّ مهرها؛ ولأنه يملّك بضعها لغيره بحقّ نفسه، وإذا ملك ما وجب الحدّ لأجله، سقط الحدّ.

٢٦٧٧ - **[فَصْل: الملك في الأمة يسقط الحد أو لا يسقط؟]**

وقال علي بن الجعد وابن سماعة عن أبي يوسف: في رجلٍ غصَب أمةً فزنىٰ بها فماتت من ذلك، أو غصب حرَّةً [نفسها] ففجر بها، فماتت من ذلك، قال: فإن أبا حنيفة قال: عليه الحدّ في الوجهين جميعًا، وعليه مع ذلك دية الحرة وقيمة الأمة.

أما الحرة، فلا شبهة فيها؛ لأنها لا تُملَك بدفع الدية، وإذا لم تملك لم يسقط الحدّ.

وأما الأمةُ فإنها تُملَك بالقيمة علىٰ الرواية التي: (الملكُ في الأمة يُسقِط الحدّ)[1]، إلا أنه يقول: إن الضمان وجب بعد الموت، والميت لا يَصِحُّ تمليكه، وإنما يثبت للغاصب حق الملك من طريقِ الحكم، ولا يسقط الحدّ ذلك.

قال: ولو لم تمت الأمة ولكن ذهب بصرها، غرم الغاصب القيمة علىٰ قول أبي حنيفة وسَلَّمها إليه، أو أبِقَت فضمن القيمة، فلا حدّ عليه في الأمة، وهذا بمنزلة الشراء.

وقال أبو يوسف: ليس عليه حدٌّ في الأمة في الوجهين جميعًا، وكذلك روىٰ الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

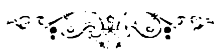
---

(١) في ب (علىٰ رواية أن الملك في الأمة يسقط الحد).

أما علىٰ رواية علي بن الجعد[1]؛ فلأن الضمان إذا وجب بفقء العين والإباق، فالمضمون يصح تمليكه، فيملكها الغاصبُ بالضمان، فيصير كملكها بالشراء.

وأما المستهلكة، فالتمليك لا يصحُ فيها، وإنما يثبت حكم التمليك، فلا يسقط ذلك الحدّ.

وجه رواية الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن الضمان سببٌ للتمليك في المتلف؛ لأن الضمانَ يستند إلىٰ حال الغصب، فيملك العين من ذلك الوقت حكمًا، والعين في تلك الحال يصحّ تمليكها، وإذا ملكها بالضمان سقط الحدّ عنه، وهذه الرواية أصحّ علىٰ أصولهم في تعليق الحكم بالضمان[2].



(١) (ابن الجعد) سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ١٤٩/٧ وما بعدها.

بَابُ
حدّ القذفِ[١]



قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾ الآية [النور: ٤]، والرمي المذكور في الآية: هو الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من الفجور والفسوق والكفر، وسائر الوطء الحرام، ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم.

والذي يدل على أن الرمي المذكور هو الزنا قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾، فدلّ على أن المعنى المرمي به: هو الذي يفتقر في ثبوته[٢] إلى أربعة شهود، وما ذلك إلا الزنا.

وقد دل على وجوب الحد بالقذف الآية، وقوله ﷺ لهلال بن أميّة لما قذف امرأته: «**ائتني بأربعة يشهدون، وإلا فحدٌّ في ظهرك**»[٣].

قال: والمُحصَنة عندنا: هي الحرة المسلمة العفيفة، فإذا رماها الرامي بما لو أتى عليه بأربعة شهداء حُدّ المرمي بها[٤] حدّ الزاني[٥]، فذلك القذف، يجب

---

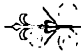
(١) «القَذْفُ: الرمي البعيد، ولاعتبار الرمي فيه قيل: منزلٌ قَذَفٌ، وبلد قذوفٌ: بعيدة، واستعير القذف للشتم والعيب، كما استعير للرمي». التوقيف.
والمراد هنا بالقذف شرعًا: هو الرمي بالزنا، كما ذكر المؤلف رحمه الله تعالى.

(٢) في ب (يفتقر به في ثبوته)، بزيادة (به).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٢٦).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) في ب (الزنا).




عليه حدّ القذف إذا لم يأت بالشهداء على صحة قوله.

(وقال أيده الله تعالى)[1]: وجملة هذا: أن شرائط الإحصان عندنا: البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والعفّة عن فعل الزنا.

فأما البلوغ والعقل؛ فلأن الحدّ وجب على القاذف للشَّين الذي يُلحقه بالمقذوف، والصبي والمجنون لا يكون منهما الزنا، فلا يَلحقهما شَينٌ بالقذف.

وأما الحُرِّيَّةُ؛ فلقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، فدلّ على أن الإحصان يعبر به عن الحريّة.

وأما الإسلام؛ فلقوله ﷺ: «**من أشرك بالله فليس بمُحصَنٍ**»[2].

وأما العِفَّةُ عن فعل الزنا؛ فلأن من لا يعفّ عن فعل الزنا، لا يلحقه الشين بالقذف؛ ولأن القاذف ليس بكاذب في قذفه.

فإذا كملت شرائط الإحصان في المقذوف، وكان القذف حصل[3] بفعلٍ لو ثبت وجبَ به حدّ الزنا على المقذوف، فمتى لم يثبت وجب الحدّ على القاذف بظاهر الآية.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإن كان القاذف لو أقام أربعةً من الشهود على صحة ما قذف به، لم يحدّ المقذوف حدّ الزنا، فكذلك لا يحدّ القاذف حدّ القذف؛ وذلك لما بيّنا[4] أن القذف الموجب للحدّ: هو القذف بالزنا، فما لا

---

(١) سقطت من ب.

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (١٤٧/٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، وقال: «الصواب وقفه».

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) في ب (لما قدمنا).




يوجَب بثبوته حدّ الزنا فليس بزنا، فالرمي لا يُوجبُ الحدّ.

قال: ووجهٌ آخر يجب أيضًا حدّ القذف به: وهو أن ينفي نسب إنسانٍ من أبيه، فهو قاذفٌ لأمه، فإن كانت الأم مُحصَنةً، وجبَ على القاذف إذا طالبه به؛ وذلك لأن النسب إنما ينتفي عن أبيه إذا كانت أمه زانيةً، فصار قوله: ليس هو لأبيه، كقوله: زنت أمه.

وقد [كان] يجوز أن يقال: إن هذا قذف مشتبهٌ؛ لأنه يحتمل أن ينفى النسب عن الأب إذا وطئها واطئٌ بشبهةٍ أو بنكاحٍ فاسدٍ، إلا أن الأمَّة أجمعت على صحة القذف، ووجوب الحدّ به؛ ولأن النسب لا يراد به هاهنا إلا نفي النسب بالزنا دون الشبهة.

قال: وإذا كان المقذوف بالزنا حيًا فلا خصومة لأحدٍ في الحدّ غيرُه، حاضرًا كان أو غائبًا؛ وذلك لأن الحدّ يجب بالشَّين الذي لحقه [به]، فالمطالبةُ به من حقوقهِ، فلا يقوم غيره فيه مقامه إلا برضاه.

قال: وإن مات قبل أن يطالب أو بعد ما طالب، وقد ضُرب القاذف بعض الحدّ، بطل الحدّ، وبطل ما بقي منه، وإن كان الباقي سوطًا واحدًا.

قال: وهذا مبنيٌّ على أصلنا: [٣٥٧/ب] أن حدّ القذفِ لا يُورث، وقال الشافعي: يُورث(١).

لنا(٢): أنه حدٌّ فلا يُورث كحدّ الزنا؛ ولأن من أصلنا أنَّهُ حقٌّ لله تعالى على

(١) انظر: المهذب ٥/٤١٠؛ رحمة الأمة ص٢٣٤.

(٢) في ب (والدليل على ما قلناه).

ما سنبيِّنه، والله تعالىٰ حيٌّ باقٍ، فلا تورث حقوقه، وإذا لم يورث، سقط بموت الطالب؛ ولأنه حقٌّ[1] ليس فيه معنىٰ المال والوثيقة، فلا يقوم الوارث فيه (مقام المورث)[2]، كالوصية والمضاربة.

وإذا سقط الحدُ بالموت، فكذلك إذا بقي بعضه؛ لأن البعض يعتبر بالكل، فكما سقط الجميعُ بالموت، فكذلك ما بقي منه[3].

٢٦٧٨ - [فَصْل: الوكالة في استيفاء الحدود]

قال: ولا تجوز الوكالة في حدّ القذف، ولا في شيء من الحدود في استيفائها عند أصحابنا جميعًا، وقال الشافعي: تجوز الوكالة في استيفاء حد القذف[4].

لنا: أن الموكل بالاستيفاء إذا كان غائبًا، استوفىٰ وكيله الحدَّ مع الشبهة؛ لجواز أن يكون المقذوف قد صدّق القاذف بعد التوكيل، أو ترك المطالبة، والحدود لا يجوز استيفاؤها مع الشبهة؛ ولأنه استيفاءٌ للحد بما قام مقام الغير، واستيفاء الحدود بما قام مقام الغير لا يجوز كشهادة الرجال والنساء، والشهادة علىٰ الشهادة.

٢٦٧٩ - [فَصْل: الوكالة في الخصومة وإقامة البينة في القذف]

قال: ويجوز عند أبي حنيفة ومحمد الخصومة فيه، وإقامة البيّنة علىٰ إثبات الحدّ، ولا يضرب الحدّ حتىٰ يحضر المقذوف.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (معنىٰ الموروث).

(٣) انظر: الأصل ١٩٢/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٠/٦ وما بعدها.

(٤) انظر: المهذب ٤١٠/٥.

وقال أبو يوسف: لا تجوز الوكالة في شيءٍ من ذلك، خصومة ولا غيرها.

وجه قولهما[1] في جواز التوكيل بإثبات الحدّ: أنه إثباتُ حقٍّ، فجاز التوكيل فيه كإثبات سائر الحقوق؛ ولأن الثبوت يُمكن استدراكه، فيجري مجرىٰ الأموال التي يمكن استدراكها، فتجوز الوكالة فيها كالأموال.

لأبي يوسف: أن الإثبات إنما يراد للاستيفاء، فإذا لم يجز الاستيفاء بما قام مقام الغير للشبهة، فكذلك الإثبات.

٢٦٨٠ - [فَصل: إسقاط الحد بعد ثبوته عند الإمام]

قال: وإذا ثبت الحدّ عند الإمام، وعند من نُصّب لإقامته، لم يجز إسقاطه علىٰ وجهٍ، ولا العفو عنه من الوالي ولا من المقذوف، وكذلك إن عفا المقذوف عن القاذف قبل أن يرفعه أو أبرأه من الحدّ، أو صالحه علىٰ مالٍ، فإن ذلك كله[2] لا يجوز، ويردّ المال علىٰ القاذف، وللمقذوف أن يطالب الحدّ بعد ذلك ويرجع فيه، وهذا قول أصحابنا جميعًا.

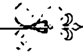
أما الوالي، فلا يجوز له العفو عن الحد؛ لقوله ﷺ: «**ما ينبغي لوالي حدٍّ أُتي في حد من حدود الله إلا أقامه**»[3]؛ ولأن الحدّ إما أن يكون من حقوق الله تعالىٰ علىٰ ما نقول، فلا يجوز عفو الإمام عنه، كما لا يجوز عفوه عن حدّ الزنا، وعن الزكوات، أو يكون من حقوق الآدميين، فلا يجوز إسقاطه كالقصاص.

---

(١) في ب (قول أبي حنيفة ومحمد).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٧٧)؛ وأبو يعلىٰ في المسند (٥١٥٥)؛ والطبراني في الكبير (٨٥٧٢) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه، وفي إسناده أبو ماجد الحنفي ضعيفٌ. انظر: مجمع الزوائد (٢٥٧/٦).

وأما المقذوف إذا عفا لم يصح عفوه، وحكىٰ الطحاوي عن ابن أبي[1] عمران، عن بِشْر بن الوليد، عن أبي يوسف أنه قال: يَسقط بالعفو، وهو قول الشافعي، وهذا مبنيٌّ علىٰ أن حدّ القذف [حقٌّ][2] لله تعالىٰ[3].

وقد قال محمد في كتاب الحدود: إن حدَّ القذف من حقوق الآدميين[4]، وإنما أراد بذلك: أن المطالبة [به] (من حقوق الناس؛ والدليل علىٰ ذلك: أنها عقوبةٌ سمّيت في الشريعة حدًا كحدّ الزنا؛ ولأن الإحصان مشروطٌ فيها كحدّ الزنا؛ ولأنها تتبعض بالرقّ والحرية كحدّ الزنا)[5].

وجه قول أبي يوسف: أن الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف، كما يجب القصاص للشين الذي يلحق المجروح بالجرح، وإذا كان القصاص حقًا له يسقط بعفوه، فكذلك حدّ القذفِ، فإذا ثبت أنه من حقوق الله تعالىٰ، ثبت أنه لا يصح العفو عنه، ولا أخذ العوض عنه، كسائر الحدود، (إلا أن المطالبة)[6] بهذا الحدّ إلىٰ الآدمي، فإذا عفا، فالحدّ لا يسقط، ولكنه لا يستوفىٰ لعدم المطالبة، وإن عاد إلىٰ المطالبة استوفي بمطالبته.

٢٦٨١ - [فَصْل: سؤال المدّعىٰ عليه عن القذف]

وإذا ترافع الرجلان إلىٰ الحاكم، وأحدهما يدعي علىٰ صاحبه قذفًا، فإن

(١) سقطت هذه الكلمة من ب، والصواب إثباتها.
(٢) في أ (حد)، والمثبت من ب. انظر: الأصل ١٩٥/٧، ١٩٩.
(٣) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٣٤.
(٤) في ب (الناس).
(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٦) في ب (ولأن المطالبة).

الحاكم يسأل المُدّعىٰ عليه عن القذف ، فإن أقرّ أنه قذفه ، قال له الحاكم: أقم البينة علىٰ صحة قذفك ، فإن فعل ، وإلا أقام عليه الحدّ.

فإن أحضر القاذف شهوده ، وقد ضرب بعض الحد ، سُمعت بيّنته ، ودُرئ عنه ما بقي من الحدّ ، ولم تبطل شهادته ، ولم يلزمه اسم الفسق.

وإنما قلنا: إنه[1] يبتدئ بمسألة المدّعىٰ عليه ؛ لجواز أن يُقرّ فيستغنىٰ بإقراره عن بينةٍ ؛ ولأن البينة لا يثبت حكمها إلا بإنكاره ، فوجب أن يسأل ، فإن أنكره أقيمت عليه البينة.

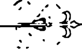
فأما إذا أقرّ بالقذف ، طولب بالبيّنة علىٰ صحته ؛ لأن الحدّ إنما يجب عليه بعجزه عن إقامة البينة ، فلذلك سأله الحاكم عن [إقامة] البيّنة ، فإذا عجز عنها حدّه ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤] ، فأما إذا ضرب بعض الحدّ ، ثم أقام القاذف البينة ، فإنها تسمع ؛ لأنا لا نحكم بكذب القاذف ، ألا ترىٰ أن كذبه إنما ينفرد بكمال الحد ، فما لم يوجد سمعت البينة [عليه] كالابتداء.

وإذا سمعت البيّنة ، سقط ما بقي من حدّ القذف ، كما يسقط الجميع لو ابتدأ بإقامة البيّنة.

قال: ولا تبطل شهادته ، ولا يلزمه اسم الفسق ؛ وذلك لأن ما دون الحدّ لا تبطل به الشهادة ، كالتعزير.



(١) في ب (إن الحاكم).

٢٦٨٢ ـ [فَصْل: الاستحلاف في إثبات القذف]

قال: فإن لم تكن له بيّنةٌ على القاذف بأنه قذفه، فأراد استحلافه بالله[١] ما قذفه، فإن الحاكم لا يستحلفه في قول أصحابنا جميعًا، وقال الشافعي: يُستحلَف.

لنا: أنها دعوى حدٍّ، فلا يستحلف فيها كحدّ الزنا؛ (ولأن اليمين إنما شرعت لفائدة النكول)[٢]، والنكول عند أبي حنيفة أُجري مجرى البذل، فما لا يصحّ بذله لا يصحّ الاستحلاف فيه، كحدّ الزنا.

وعلى قولهما: النكول قائمٌ مقام الإقرار[٣]، (والحد لا يجوز إثباته بما قام مقام الغير)[٤]، كالشهادة على الشهادة.

قال: فإن ترك المقذوف مطالبة القاذف قبل أن يُرافعه إلى الحاكم، وسعه ذلك، وكان ذلك حسنًا.

وكذلك يحسن من الحاكم (إذا رفعه)[٥] إليه أن يقول للمدعي قبل أن يثبت الحد: أعرض عن هذا ودعه؛ وذلك لأن هذا الحد تؤثر فيه الشبهة، فجاز للحاكم التوصل إلى إسقاطه كسائر الحدود.

وأما المقذوف؛ فلأن الحدّ إن كان من حقوق الله تعالى، فقد ندبنا إلى الستر فيها، وإن كان من حقوق الآدميين، فقد ندبنا إلى العفو، كالقصاص.

(١) هذه الكلمة ليست في ب.
(٢) في ب (ولأن اليمين تستوفى لفائدة النكول).
(٣) في ب (مقام العذر).
(٤) سقطت من ب.
(٥) سقطت من ب.

قال: فإن أقرّ المقذوف أن القاذف قد صدق عليه في قذفه عند الحاكم، أو شهدت عليه الشهود أنه أقرّ بذلك قبل أن يرفعه، جازت الشهادة، ولا حدّ على القاذف؛ وذلك لأن الحد يجب للشين الذي لحق المقذوف بكذب القاذف عليه، فإذا صدّقه المقذوف، فقد زال الشين عن فعل القاذف، فسقط الحد.

٢٦٨٣ - [فَصْل: في الشهادة على القاذف]

قال: [ويجوز][(١)] في الشهادة على القاذف شهادة رجلين، ولا يجوز عليه شهادة رجلٍ وامرأتين، [٣٥٨/أ] ولا شهادةٌ على شهادةٍ، ولا كتاب قاضٍ إلى قاضٍ؛ وذلك لما بيّنا أن شهادة النساء لا تقبل في الحدود والقصاص، وكذلك الشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي.

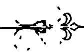
فإن أقام القاذف على المقذوف أنه صدّقه في قذفه له رجلاً وامرأتين، أو شاهدين على شهادة شاهدين، أو أتى في ذلك بكتاب قاضٍ، جاز ذلك؛ لأن إسقاط الحدود يجوز فيها ما لا يجوز في إثباتها، ألا ترى أن الحدود لا تثبت مع الشبهة، وتسقط بالشبهة؛ فلذلك لم تثبت بالشهادة على الشهادة، وشهادة النساء والرجال، وإن ثبت بذلك ما يوجب إسقاطها.

٢٦٨٤ - [فَصْل: حبس المدعي وكفالته]

[قال]: وإنْ ادّعى المقذوف أن له بيّنةً حاضرةً في المصر أن هذا قذفه، والقاذف ينكر، وسأل المقذوفُ الحاكمَ أن ينظره [إلى أن يقيمها]، فإن أبا حنيفة قال: أحبس المُدَّعَى عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه، فإن أحضر بيّنته

---

(١) في أ (ولا يجوز)، بزيادة (لا)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها. انظر: الأصل ١٩٢/٧ وما بعدها.

وإلا خلىٰ سبيله، ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه.

وقال أبو يوسف: آخذ منه كفيلاً بنفسه، ولا أحبسه، وروىٰ ذلك بشر عنه.

لأبي حنيفة: أن الكفالة للتوثق، والقاضي مأمور بدرء الحد وإسقاطه، فلا يجوز أن يتوثق منه.

وأما الحبس الذي ذكره، فإنما يريد [به] أن يلزمه إلىٰ أن يقوم القاضي؛ لأنه لا يمكن إحضار البيّنة إلا بحضور المدعىٰ عليه.

لأبي يوسف: أن الدعوىٰ يجوز أخذ الكفالة بها إلىٰ أن تقوم البينة، كدعوىٰ الأموال؛ ولأن الحبس أكثر من الكفالة، فإذا جاز الحبس فالكفالة أولىٰ، فأما إن أقام المُدَّعِيْ شاهدًا واحدًا عدلاً، فإن أبا حنيفة كان يحبسه وإن لم يكن عدلاً لم يحبسه، ولم يكفله.

وقال أبو يوسف: لا أحبسه في شاهدٍ واحدٍ، عدلاً كان أو غير عدلٍ، ولكن يكفل، فأما إذا شهد (شاهدان، حُبس في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، رواه عنه بشر.

لأبي حنيفة: أنه إذا شهد)[1] شاهدٌ عدلٌ أو شاهدان لا تعرف عدالتهما، فقد حصل أحد سببي الحق: إما العدد، أو العدالة، فصار أحد السببين في جواز الحبس كالآخر؛ ولأنه إذا أخبر رجل عدل أنه قذف، فقد أوجب ذلك تهمةً في حاله، والحبس موضوعٌ للتهمة، وليس كذلك الكفالة؛ لأنها موضوعةٌ للتوثق، والتوثق في الحدود لا يجوز.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

لأبي يوسف: أن الشاهد العدل لا يثبت بشهادته الحقّ، وإنما يثبت بقول الاثنين، فإذا شهد من يجوز أن يثبت الحق بشهادته، ولم يحكم بها، جاز أن يحبس للتهمة.

٢٦٨٥ - [فَصْل: الكفالة بعد ثبوت الحد وقبله]

قال أبو يوسف: إذا ثبت الحدّ، فلا كفالة فيه، وما كان دعوىٰ لم يثبت ولم يتبين، فلا بد من الكفالة، وإلا ضاعت حقوق الناس؛ وذلك لأن الحد ما لم يثبت، لم يجز الحبس، فلا بد من الكفالة، فإذا ثبت الحق (جاز الحبس، فلم تجز الكفالة؛ لأنه لا يكون له معنىٰ)[1].

وقال ابن رستم عن محمد: لا كفالة في حدٍّ ولا قصاص، يقال له: الزمه ما بينه وبين قيام القاضي، وهذا قول أبي حنيفة.

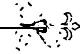
وقال محمد: أما أنا فأكفله ثلاثة أيام ما لم تقم البيّنة، فإن قامت البيّنة فلا كفالة، ولكني أستحسن حتىٰ يُسأَل عن الشهود.

أما قوله: لا كفالة في حدٍّ ولا قصاص، فإن كان يريد به نفس الحد، ونفس القصاص، فلا خلاف بين أصحابنا في ذلك؛ لأن الحد والقصاص لا يمكن استيفاؤها من الكفيل، فلا تصح الكفالة بهما، وإنما المراد بذلك: لا كفالة في الإحضار للحدود والقصاص.

ووجهه ما قدمنا عن أبي حنيفة: أن الكفالة للتوثق، والحدود لا يجوز التوثق فيها.

---

(١) في ب (جاز الحبس، فلم يكن للكفالة معنىٰ).

وكان أبو بكر الرازي يقول: معنىٰ قول أبي حنيفة: أن الكفالة في الحد والقصاص لا تجوز، أن القاضي لا يبتدئ بالمطالبة بذلك، فإن بذلها قبلها الحاكم؛ لأن الحضور واجبٌ، فيجوز أن يضمنه الكفيل، إلا أن القاضي لا يبتدئ بطلب ذلك حتىٰ لا يتوصل إلىٰ التوثق [بالكفالة] في الحدّ.

وأما علىٰ أصلهما: فالتوثق بالحبس أكثر من التوثق بالكفالة، [فإن جاز أن يحبس]؛ فلأن يؤخذ منه كفيل أولىٰ، وقدّر ذلك محمد بثلاثة أيام؛ لأن حد القذف المطالبة فيه حق لآدميّ كالديون.

وقال محمد في رجلٍ ادعىٰ قذفًا، وأقام رجلاً عدلاً يشهد، فإن أبا حنيفة قال: أحبسه إذا ادعىٰ بيّنة حاضرةً في المصر، فإن أقام شاهدًا غير عدل قال: أؤجله مقدار قيام القاضي.

قال محمد: إذا ادعىٰ بيّنةً حاضرةً، كفلناه ثلاثة أيام، فقدَّر ذلك أبو حنيفة بالمجلس؛ لأن الكفالة عنده لا تؤخذ، وفي حبسه ضررٌ من غير حقٍّ عليه، فلم يتقدّر ذلك بأكثر من المجلس.

وعلىٰ قول محمد: أن القذف لما كانت المطالبة فيه حقًا لآدمي، يجري [فيه] مجرىٰ الديون.

وقال في الأصل: إذا أحضر شاهدًا عدلاً، وادعىٰ أن له آخر في المصر، فإني أحبسه يومين أو ثلاثةً استحسانًا؛ وذلك لأن أحد سببي الحقّ قد حصل، فأوجب ذلك تهمةً في حاله، والحبس للتهمة.

قال: فإن ادّعىٰ ذلك خارج المصر، (لم أحبسه؛ وذلك لأن البيّنة إذا كانت




خارج المصر)[1]، لم يلزمهم الحضور لإقامة الشهادة، فحَبْس الخصم يؤدي إلىٰ إلحاق[2] الضرر به[3].

وقال أبو يوسف ومحمد: آخذ منه كفيلاً يومًا أو يومين أو ثلاثة، وإنما قدّروا ذلك بما بين المجلسين، فإن كان بينهما أكثر من ثلاثة أيام، جاز أخذ الكفالة.

وقال بشر عن أبي يوسف: إذا ادعىٰ القاذف أن له شهودًا علىٰ الزنا، فإنه يؤجل إلىٰ قيام القاضي، فإن أحضر ذلك، وإلا حدّه.

وقال أبو يوسف: أحبسه وأستأني به، ولا أعجل.

وقال في الأصل: إذا قال: عندي بيّنة بالزنا، وهم غيّب، فأجلني، قال: لا يؤجله.

فإن قال: هم في المصر[4]، فأجلني حتىٰ آتيك بهم، قال: يؤجّله [ما] بينه وبين قيامه، فإن جاء بالبينة، وإلا أقام الحدّ عليه.

قلت: أفتكفله في ذلك، فتدعه يطلب شهوده، قال: ليس في حدٍّ كفالةٌ، ولكنه يحبسه ويقول له ابعث إليّ شهودك، فائت بهم[5].

وجه قول أبي حنيفة: أن الحدّ قد ثبت عليه بالبينة، وفي تأخيره أكثر من مجلس الحاكم تأخير المستحَقّ من غير حجّةٍ، وفي ذلك ضررٌ علىٰ صاحب

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (إيجاب).
(٣) انظر: الأصل ٧/١٩٦.
(٤) في ب (هم شهود في المصر)، بزيادة (شهود)، ولا داعي لها في السياق.
(٥) الأصل ٧/٢٠٢.




الحقّ، فلم يجز تأخير الواجب: بأن يجوز أن يكون، ويجوز أن لا يكون.

وليس كذلك التأخير بقدر مجلس الحكم؛ لأن هذا القدر لا يلحق فيه ضررٌ، ألا ترىٰ أن القاضي قد يؤخّر هذا القدر حتىٰ يحضر الجلاد، وإذا لم يكن فيه ضررٌ، جاز تأخيره لإقامة البينة.

لأبي يوسف: في أنه يؤخر إلىٰ المجلس الثاني: أن الله تعالىٰ أوجب حدّ القذف بشرط العجز عن إقامة[1] البينة بالزنا، فوجب أن يؤجل[2] مقدار ما يمكنه إحضار الشهود في العادة.

فأما تكفيله: فعند أبي حنيفة لا يجوز، فلم يبق إلا حبسه وأمره أن يستنيب في إحضار الشهود.

وقال ابن رستم عن [٣٥٨/ب] محمد: إذا لم يجد أحدًا يبعث به إلىٰ الشهود، قال: أتركه يذهب، وأبعثُ معه شُرُطًا يحفظونه، ولا أدعه [يفرّ]؛ وذلك لأنه لا يقدر علىٰ إحضار الشهود إذا لم يجد من ينوب عنه إلا بنفسه، وحفظه بالشُّرَطِ كحفظه بالحبس، فوجب أن يتركوا معه.

قال: فإن لم يجد شهوده، ضربته الحد، فإن أقام بعد ذلك بيّنة علىٰ ما قال: [قبلت][3] شهادته، وأجزتها؛ وذلك لأن هذه البيّنة [ثبت] بها زنا المقذوف، فتبين أنه قذف من ليس بمُحصَنٍ، وقذف من ليس بمُحصَنٍ لا يتعلّق به الحدّ، والضرب الذي ليس بحدٍّ لا يمنع قبول [الشهادة][4].

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (يؤخر).
(٣) في أ (أطلقت) والمثبت من ب.
(٤) في أ (الشاهد)، والمثبت من ب.




قال: وإذا قذف رجل رجلاً، فقال: يا ابن الزانية، وادّعى القاذف أن أم المقذوف أمةٌ أو نصرانيةٌ، والمقذوف يقول: هي حرةٌ مسلمةٌ، فالقول قول القاذف، إلا أن يقيم المقذوف على ذلك بيّنةً.

والأصل في ذلك: أن قذف الأمّ لا يتعلّق به الحدّ حتى يطالبه الابن حين يثبت موتها وإحصانها؛ لأنها ما دامت حيّةً فالمطالبة من حقوقها، فلا يجوز للابن أن يقوم مقامها.

وإذا ثبت موتها، وجب أن يثبت إحصانها؛ لأن الحدّ لا يتعلّق إلا بالقذف الصحيح، وقذف من ليس بمُحصَنٍ لا يصحّ.

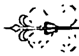
ولا يجوز أن يرجع في ذلك إلى ظاهر الحريّة والإسلام؛ لما بيّنا: أن الظاهر لا يُستحَقّ به حقٌّ على الغير، فلم يكن له بدٌّ من [إقرار] القاذف بالإحصان، أو إقامة البينة على ذلك.

قال: وكذلك لو قال: يا زانٍ، فقذفه في نفسه، ثم قال القاذف للمقذوف: إنه عبدٌ، فقال المقذوف: أنا حرٌّ، فالقول قول القاذف أيضًا، وهذا على ما قدمنا: أن الحرية في الإحصان لا تثبت بالظاهر، وأن الناس أحرارٌ إلا في أربعةٍ.

قال: وإذا قال القاذف: أنا عبد، فحدّني حدّ العبد، وقال المقذوف: أنت حرٌّ، فالقول قول القاذف في ذلك؛ لأن الحرية ظاهرةٌ، فلا يجوز أن يستحقّ بها كمال الحدّ.

وقال معلّى عن أبي يوسف: إذا قذف رجلٌ أمّ رجلٍ، فإن كان القاضي يعرف أمه أنها حرةٌ مسلمةٌ، جلد القاضي(١) القاذف، وإلا حبسه وسأل المقذوف

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.




البيّنة على ذلك ؛ لأن الحرية قد ثبتت بعلم القاضي ، فهو كثبوتها بالشهادة ، ولا يقال: [إن] القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود ؛ لأن الحرية هاهنا سببٌ في ثبوت الحدّ ، وسببُ الحدّ يثبت بما لا يثبت به الحدّ ، كالإحصان الذي يثبت بدون العدد الذي يثبت به الزنا .

[قال]: وإن زعم أن له بيّنةً ، بالغ القاضي في النظر في ذلك ، ويؤجله أجلاً ، فإن لم يأت ببيّنةٍ أخرجه من السجن وأخذ منه كفيلاً .

وليس للقاضي أن يعزِّرَه ، وهذا إنما يعني به: إذا لم يثبت إحصان الأم بعلم القاضي ، حبسه القاضي[1] ؛ لأنه قد استحق العقوبة بقذفه لها ، حرّةً كانت أو أمةً ، فجاز أن يتوثق منه في الحبس .

وإن لم يقم بيّنةً أخذ منه كفيلاً وأخرجه ؛ لأنه لا يجوز [تأبيد][2] الحبس عليه ، فلم يبق إلا تكفيله .

فأما التعزير ؛ فلأن القاضي إذا عزرهُ صارَ كالحكم بإبطال الإحصان ؛ لأن قذف المُحصَنة يتعلّق به الحدّ ، ويجوز أن يقيم المقذوف بيّنةً ، فلم يجز[3] أن يقتصر على التعزير .

وقال في الأصل: أرأيت الرجل إذا أقر عند القاضي فقال: قد قلت له: يا زان ، ولكنه عبد ، هل يحبس القاضي [القاذف] ويسأل المقذوف البينة أنه حرّ ؟ قال: نعم ؛ وذلك لما بينا أن القذف يستحق به العقوبة ، حرًا كان المقذوف أو

(١) في ب (حبس القاضي القاذف) .

(٢) في أ (ابتداء) ، والمثبت من ب ، وهو الصواب في العبارة .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

عبدًا، فجاز أن يحبس لإقامة البينة.

وقال عمرو: قال محمد في رجل قذف رجلاً، قال: أحبسه في السجن حتىٰ يجيء بالبينة أن أمّه حرةٌ مسلمةٌ، فإن قال: يا ابن الفاعلة، وهذا علىٰ ما قدمنا.

قال: ولا يكون القذف بوطءٍ في غير الفرج قذفًا يجب به الحدّ، ولكنه يوجب التعزير عند أبي حنيفة.

وقالا[1]: الفرج والدُّبر من الرجل والمرأة[2] سواءٌ في إيجاب الحدّ علىٰ القاذف، وإيجاب الحدّ علىٰ من فعله.

أما القذف باللواطة، فعند أبي حنيفة لا يتعلق به الحد؛ لأنه قذف بغير زناً عنده، والقذف بغير الزنا لا يوجبُ الحدّ.

فأما علىٰ قولهما: فهذا الوطء أجري مجرىٰ الزنا في وجوب الحدّ به؛ وكذلك القذف به يوجب الحد علىٰ القاذف[3].

قال أبو حنيفة: الوطء في موضع المكروه لا يوجب الحدّ، وإنما يوجب التعزير.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان مُحصَنًا رجم، وإن كان بِكْرًا جلد، وهو أحد قولي الشافعي، وقال في قوله الآخر: يقتل مُحصَنًا كان أو غير مُحصَنٍ[4].

---

(١) في ب (وقال أبو يوسف ومحمد).

(٢) في ب (الفرج الذي من الرجل والمرأة).

(٣) في الأصل: «... أو يقذفه بعمل قوم لوط، هل تحده؟ أو قال: زنيت بالبهيمة، هي تحدّه؟، قال: لا، قلت: فإن قذفه بعمل قوم لوط فأصبح به، هل تحده؟، قال: بلغنا عن إبراهيم النخعي أنه قال: يحد، وهو قول أبي يوسف ومحمد». ١٨٩/٧، ١٩٠، والأثر في مصنف ابن أبي شيبة ٤٩٨/٥.

(٤) انظر: مختصر المزني ص٢٦١؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٥٠٠.

لأبي حنيفة: أن هذا الفعل ليس بزنا، بدلالة أن العرب خصّته باسمٍ، وخصت الفعل الآخر باسمٍ، وتفريقهم بين الاسمين يدلّ علىٰ أن كلّ واحدٍ منهما لا يسمىٰ باسم الآخر، إلا أن يدل الدليل علىٰ الاشتراك، كتسميتهم لحيوانٍ بفرسٍ، وتسميتهم لحيوانٍ بحمارٍ، فإذا لم يسمّ باسم الزنا، فإيجاب الحدّ فيه(١) إلحاق فعلٍ لم يرد فيه الحدّ بالفعل الذي ورد فيه الحدّ بقياسٍ أو بخبرٍ واحدٍ، وذلك لا يجوز؛ ولأن هذا الفعل لا يتعلّق به وجوب مالٍ بحالٍ، فلا يتعلق به وجوب الحدّ، كالوطء فيما دون الفرج.

وجه قولهما: ما روي أن الصحابة اختلفوا في ذلك، فمنهم من قال: يلقىٰ من شاهق الجبل، ومنهم من قال: يلقىٰ عليه حائطٌ، ومنهم [من قال]: يحرق بالنار، وكان أشدهم قولاً في ذلك علي بن أبي طالب رضوان الله عليه؛ ولأنه وطءٌ يوجب الاغتسال من غير إنزال، كالوطء في الفرج.

والجواب: أما الخبر، (فإنما أورد)(٢) فيمن عمل عمل قوم لوط، وهذا لا يكون إلا فيمن يسلك طريقهم في الاستحلال، والمُستحلّ مرتدٌّ يقتل بردته؛ ولهذا أمرت الصحابة بالمثلة به كما يمثل بالمرتد.

فأما الغسل، فإنه يجب علىٰ وجه الاحتياط(٣)، والحد يسقط بالاحتياط، فلا [يدل](٤) وجوب الغسل علىٰ وجوب الحدّ(٥).

---

(١) في ب (فإيجاب حد الزنا فيه).

(٢) سقطت من ب.

(٣) في ب (فأما الغسل من شأنه يجب علىٰ وجه الاحتياط).

(٤) في أ (يؤثر) والمثبت من ب.

(٥) انظر: الأصل ٧/١٩٦ وما بعدها؛ مختصر الطحاوي ص٢٦٦، ٢٦٧.

بَابُ
من له المطالبةُ بالحدِّ



قال أصحابنا: في رجل قُذِف فمات قبل أن يأخذ القاذف بالحدّ، أن الحدّ يبطل عن القاذف، وليس لمن بعده من وارثٍ ولا غيره أن يطالب به، ولا يورث الحدّ عند أصحابنا.

ورواه محمد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه قال: قال عليّ رضوان الله عليه: [٣٥٩/أ] الحدّ لا يُورث[١]، وقد بيّنا هذه المسألة.

وليس هذا كما لو قذف بعد موته؛ لأن الحقّ يثبت ابتداءً للوارث، فلا يكون على طريق الإرث، وفي مسألتنا يثبت الحق للميت، فلو طالب به الوارث لكان على وجه الإرث. وهذا لا يصح.

قال: وإن كان المقذوف حيًا غائبًا، فلا مطالبة لأحدٍ أيضًا بقذفه حتى يحضر الغائب؛ وذلك لأن الحدّ[٢] يثبت للمقذوف، فلا يجوز أن ينتقل إلى غيره؛ لأن الحدّ لا يثبت بما قام مقام الغير.

قال: وإن وكّل الغائبُ وكيلاً بطلب حقّه، فإن كانت الوكالة بإقامة الشهود والخصومة في ذلك دون ضرب الحدّ، جازت الوكالة، فإذا ثبت الحدّ لم يضرب الحدّ حتى يحضر الغائب، فيقام الحدّ بحضرته، وهذا قول أبي حنيفة وأبي

(١) ذكره الزيلعي في تخريج الأحاديث والآثار (٤٢٠/٢) مرفوعاً، وقال: «غريب جدًا».
(٢) في ب (الحق).

يوسف ومحمد.

ثم رجع عن ذلك أبو يوسف فقال: لا تجوز وكالةٌ في حدودٍ ولا قصاصٍ، في إقامة بيّنةٍ ولا غير ذلك.

وقد بينا فيما مضىٰ: أن الوكالة باستيفاء الحد مع غيبة المقذوف لا تجوز في قولهم، والوكالة بإثبات الحد تجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، ولا يجوز عند أبي يوسف (في قوله الآخر)(١).

٢٦٨٦ - [فَصْل: فيمن يأخذ بالحدّ للميت]

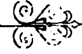
وقالوا جميعًا: إذا قذف الميت، فلولده أن يأخذوا بحدّه، ولابنه ولابن ابنه أو ابنة ابنه أن يأخذوه بالحدّ للميت، ولا يأخذ بالحد للميت إلا والدٌ أو ولدٌ، ولا يأخذ بذلك أخٌ ولا عمٌّ ولا مولىٰ.

وقال ابن أبي ليلىٰ: يأخذ بالحدّ الولد والوالد والأخ.

وقال محمد: لا يأخذ بالحدّ إلا الوالد والولد ممن يرث ويورث، وتأخذ ابنة ابنه بالحدّ إذا قذف جدها وهو ميت، ولا يأخذ بذلك ابنة الابنة، والجدة أم الأم إذا قذفت، لم يكن لابن ابنتها أن يأخذ بحدها، وكذلك إن قذف - [وهو ميتٌ]، وهي حيّةٌ - لم تأخذ بحدّه.

قال: وجملة هذا: أن كلّ من يقع بقذف الميت قدحٌ في نسبه، فله أن يطالب بحدّه، ومن لا يقع بقذف الميت قدحٌ في نسبه لا يطالبُ بالحدّ؛ لأن الحدّ عندنا لا يورث، وإنما يثبت للوارث ابتداءً بقذف المورث، فمن يقع بالقذف قدحٌ في

(١) سقطت من ب.

نسبه [يلحقه الشين بالقذف، فيطلب بالحدّ، ومن لا يقدح القذف في نسبه]، لا يلحقه شينٌ به، ومعلومٌ أن الأخ والعم لا ينقطع نسبهما بقذف الأخ وابن الأخ، فلم يجب الحد بالقذف.

فأما الآباء والأبناء، فإن القدح يقع في نسبهم بزنا المقذوف، ألا ترىٰ أن الزاني لا يثبت نسبُ ولده منه، و[لا] يثبت نسبُ أولاده من أبيه، فصار قذفه قدحًا[1] للنسب في آبائه وأبنائه، فوجب لهم المطالبة بالحدّ؛ ولذلك استوىٰ في المطالبة بالحدّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولد الابن وولد الابنة؛ لأن ولد البنت ينقطع نسبهم من جهة الأم، كما ينقطع نسبهم من جهة الأب، فيلحقهم الشين بكلّ واحدٍ من الأمرين.

وأما محمد فقال: بأن الانتساب إنما هو إلىٰ الآباء، فانقطاع النسب من قبل الأم لا يلحق به الشين إذا ثبت النسب من قبل الأب، فلم يكن لهم المطالبة.

ومعنىٰ قول محمد إذا كان ممن يرث ويورث.

(قال أبو الحسن: معناه: أنه يرثه ويورث)[2] مع العصبة كأولاد الابن.

فأما أولاد البنت، فيرثون عندنا، وإنما لا يرثون مع العصبات.

٢٦٨٧ - [فَصْل: مطالبة الأبعد من الولدان بحد الميّت]

قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد جميعًا: يجوز للأبعد من الولدان أن يطالبَ بحدّ الميت مع بقاء الأقرب، فيكون لابن الابن أن يطالبَ بقذف الميت،

---

(١) في ب (قطعًا).

(٢) سقطت من ب.

وإن كان الابن حيًا [لا يطالب].

وقال زفر: ليس للأبعد حقٌّ مع وجود الأقرب.

وجه قولهم: أن القدح بقذف الميت يقع في نسب كلّ واحدٍ منهما، ويلحق به الشين، فجاز له المطالبة بالحد، كما لو قذفه في نفسه؛ ولأن الحدّ لا يثبت علىٰ وجه الإرث عن الميت، فلو أثبتناه للأقرب فالأقرب لصارَ في حكم الموروث، وهذا لا يصح.

وجه قول زفر: أن الشَّيْنَ الذي يلحق القريب ليس في [مثل] الشين الذي يلحق البعيد، فلم يكن للبعيد المطالبة، كما ليس للولد أن يطالب بقذف الأب الحيّ إذا ترك المطالبة بذلك وإن كان الشين يلحقهم؛ لأن الشين الذي يلحق الأب أعظم.

٢٦٨٨ - [فَصْل: مطالبة العبد والذِّمي بحد الميّت المقذوف]

وقال أبو حنيفة: وللولد والوالد إن كان عبدًا أو ذميًّا أن يطالب بالحدّ إذا كان المقذوف حرًا مسلمًا[١]؛ وذلك لأن الشين يلحق العبد بانقطاع نسبه عن أبيه، كما يلحق الحر، والقذف قذف صحيح، فلذلك تعلّق به الحدّ.

ولا يقال: إن العبد لو قُذف في نفسه لم يحدّ قاذفه، فكيف يجب الحدّ للشين الذي لحق به بقذف غيره؛ لأنه إذا قذف في غيره فالقذف قذفٌ صحيحٌ؛ لأنه قذف محصنٍ، والشين إذا حصل بقذفٍ صحيحٍ تعلّق به الحدّ، وإذا قذف في نفسه، فالقذف ليس بقذف صحيح، لفقد الإحصان في المقذوف؛ فلذلك لم يحد القاذف.

(١) في ب (إذا كان المقذوف حيًا حرًا مسلمًا)، بزيادة (حيًا)، والمسألة مفروضة في غير الحي.

قال: وكذلك إن كان المطالبُ بالحد قاتلاً للميت، ممن حُرِم الميراث بقتله؛ لأن الحدّ لا يثبت له على طريق الإرث حتى يؤثر فيه القتل، وإنما يثبت له للشين الذي يلحقه [به]، وهذا المعنى موجودٌ، وهذا الفعل أظهر من قذف والد العبد؛ لأنه لو قذفه هاهنا حُدّ، والعبد لو قذفه في نفسه لم يحدّ، فكان المعتبر وجود النسب الذي يرث به ويورث مع العصبة، تعلّق به الإرث أو لم يتعلّق، إذا لم يتعلّق به لمانعٍ.

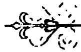
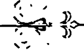
٢٦٨٩ - [فَصْل: مطالبة الولد بحد القذف إذا كان القاذف أباه أو جدّه]

قال: وليس للولد أن يطالب بحدّ القذف إذا كان القاذف أباه أو جدّه وإن علا، ولا أمه ولا جدته وإن علت، وكذلك إن قذفه في نفسه أحدٌ من هؤلاء؛ وذلك لأن الولد ممنوعٌ من إلحاق الضرر بأبيه، لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، وإلحاق الضرر بإقامة الحدّ أكثر، فلم يجز إيجابُ الحدّ عليه بقذفه، وقد قالوا: إنه لو قتله لم يقتصّ منه، فإذا قذفه أولى أن لا يحد بقذفه.

وإذا ثبت أنه لا يحدّ بقذفه في نفسه لما بيّنا من الحُرمة، فلأن لا يطالبه بقذف غيره أولى.

٢٦٩٠ - [فَصْل: الحد في قذف الرجل جماعةً بكلمة واحدة]

قال: وإذا قذف رجلٌ جماعةً [من الناس] بالزنا بكلمةٍ واحدةٍ، أو قذف كلّ واحدٍ منهم بكلامٍ على حدةٍ، أو في أيامٍ متفرقةٍ، فعليه حدٌّ واحدٌ، فإن حضر المقذوفون جميعًا يطالبون بالحد، أو حضر واحدٌ منهم، فإنما على القاذف حدٌّ واحدٌ، لا يحدّ لهم في ذلك أكثر من حدٍّ واحدٍ، خاصموا في ذلك مجتمعين أو

متفرقين، إذا قام به أحدهم كان ذلك لجماعتهم، وإن حضر بعد ذلك من لم يخاصم في قذفه يطلبُ الحدّ، لم يحدّ له كرّةً أخرىٰ.

وقال الشافعي: إن قذفهم بكلمةٍ واحدةٍ وجب حدٌّ واحدٌ، فإن فرّق القذف فلكلّ واحدٍ منهم الحدّ[١].

وهذه المسألة فرعٌ علىٰ أن حدّ القذف حقٌّ لله تعالىٰ، والآدمي يطالب به لحقّ الله تعالىٰ، فإذا طالب الواحد، قام مقام الجماعة في الاستيفاء، ولأنها عقوبةٌ سمِّيت [٣٥٩/ب] حدًّا في الشريعة، فإذا اجتمع أسبابها تداخلت كحدّ الزنا.

[قال]: فإن حُدَّ للقاذف وفرغ من حده[٢]، ثم قذف آخر، حُدّ للثاني حدًّا آخر، وإنما يسقط حد القذف إذا ضرب القاذف ما قبله من القذف، ولا يسقط ما بعده.

وكذلك السرقات؛ وذلك لأن الحد تقرر به الكذب علىٰ القاذف، فيسقط موجب القذف في كلّ واحدٍ من الجماعة، وإذا استأنف القذف بعد الحدّ، لم يُسقِط الحدّ [المتقدّم] موجب القذف المتأخر، كمن زنىٰ فحدّ ثم زنىٰ.

قال: ولو قذف رجلاً، فضرب تسعةً [وسبعين][٣] سوطًا، ثم قذف آخر، ضُرب السوط الباقي ولم يكن عليه حدٌّ للثاني، فإذا بقي من الحدّ الأول شيءٌ فقذف الآخر قبل تمامه، ضرب بقيّة حدّ الأول ولم يحدّ للثاني في قولهم؛ وذلك

---

(١) قال الشافعي: «... فإن قذف نفرًا بكلمة واحدة، كان لكل واحد منهم حَدُّه». مختصر المزني ص٢٦٢؛ قال الدمشقي: «وللشافعي قولان أظهرهما: يجب لكل واحد حَدٌّ». رحمة الأمة ص٢٣٤.

(٢) في ب (ثم فرغ من حده).

(٣) في أ (وتسعين) والمثبت من ب.




لأن الشين الذي [يتحقق][1] به الكذب هو السوط الأخير، ألا ترىٰ أن ما قبل ذلك لا يُبطل الشهادة، فصار السوط الأخير في تحقق الشين كجملة الحدّ، ومعلومٌ بأنه لو حُدّ جملة الحدّ بعد القذفين سقط حكمهما، فكذلك إذا ضرب السوط الآخر بعد القذفين[2].



(١) في أ (يلحق)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٧/١٩٩ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٦/٢١٣، ٢١٤.

بَابُ
ما يكون الوطء شبهةً في إسقاطِ الحدِّ عن القاذفِ وما لا يكون



قال أصحابنا جميعًا: إذا زنىٰ رجلٌ، فقذفه رجل بذلك الزنا أو بغيره، أو قذفه قذفًا مبهمًا، فلا حدّ علىٰ القاذف.

وروىٰ بشر عن أبي يوسف، عن ابن أبي ليلىٰ وعن إبراهيم: أن القاذف يحدّ إلّا أن يقذفه بذلك الزنا بعينه.

لنا: أن الحدّ يجب علىٰ القاذف للشين الذي يلحقه بالمقذوف، والزاني لا يلحقه شينٌ بالقذف، فلم يجب الحدّ علىٰ قاذفه؛ ولأنه صادقٌ فيما أخبر من الزنا إذا اتهم، ألا ترىٰ أنه يحتمل الإخبار عن الزنا المعلوم، ويحتمل أن يكون أخبر عن غيره، فلم يجز إيجاب الحدّ علىٰ القاذف بالشك.

٢٦٩١ - [فَصْل: فيما لا يحدّ القاذف]

قال أبو الحسن: وإذا كان المقذوف حرًا مسلمًا قد وطئ وَطْئًا حرامًا، أو كانت امرأة قد وطئت وَطْئًا حرامًا، وليس بزنا، فقذفها قاذف بالزنا، [فإن هذا علىٰ وجهين: إن كان وَطْئًا حرامًا في زوجةٍ أو مملوكةٍ للواطئ، فعلىٰ القاذف بالزنا الحدّ][1]، ولا يكون ذلك الوطء شبهةً في إسقاط الحدّ عن القاذف.

وذلك مثل أن يطأ جاريةً له مجوسيةً، أو ذات مَحْرَمٍ منه من رَضَاعٍ، أو

(١) في أ (وجب الحد)، والمثبت من ب.

مَحْرَمٍ بغير رضاعٍ ، مثل أن يكون أبو الواطئ قد وطئها قبله بملك يمين ، أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها ، أو وطئ أختين بملك اليمين جمع بينهما بالوطئ وهما في ملكه ، أو جمع بين وطئ ذواتي محرم منه بملك اليمين ، أو وطئ أمته وقد زوّجها ، أو وطئ مكاتبته ، وكذلك الزوجة إذا وطئها وهي حائضٌ ، أو نفساء ، أو مُحْرِمةٌ ، أو صائمةٌ في رمضان ، أو كانت في عدّةٍ من وطءٍ بشبهةٍ ، أو كان ظَاهَر منها فوطئها قبل أن يكفّر ، ثم قذفه قاذفٌ بالزنا ، فإن هذا كلّه لا يسقط الحدّ عن القاذف.

وجملة هذا: أن الوطء على ضربين: وطءٌ في ملك ، ووطءٌ في غير مِلك.

فالوطء في المِلْك على وجوهٍ: أحدها: أن يكون التحريم عارضًا مثل وطء الحائض والنفساء ، والأمة التي زوّجها أو كاتبها ، والحرة التي ظاهر منها ، أو وجب عليها العدة ، فهذا الوطء لا يسقط الحد عن القاذف ؛ لأنه تحريم عارض في المِلك ، فصار كوطء زوجته المريضة التي تستضر بالوطء ، وكوطء الصائمة ، وهذه الجملة لا خلاف فيها بين أصحابنا ، إلا في المكاتبة.

قال أبو حنيفة ومحمد: إن وَطْءَ المولى مكاتبته لا يسقط الحد عن قاذفه.

وقال زفر: لا يحد قاذفه ، وعن أبي يوسف روايتان.

وجه قولهما: أنه تحريمٌ عارضٌ في الملك كالحيض والإحرام.

وجه قول زفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف: أن ملكه زال عن وطئها ؛ بدلالة أن المهر لها عليه ، فصار كالوطء في غير الملك.

وأما إذا كان التحريم في الملك مؤبدًا ، مثل وطء ذوات المحارم ، فقد ذكر

في الأصل: أنه يسقط الحد عن القاذف، وذكر أبو الحسن: أنه لا يسقط.

وجه قولهم الذي ذكر في الأصل: أنه وطءٌ محرم على التأبيد، فصار آكد من الزنا.

وجه ما ذكره أبو الحسن: أنه وطءٌ في ملكٍ، فمقارنة التحريم لا تسقط الإحصان كوطء أمته المزوَّجة.

وأما إذا كان التحريم يشبه المؤبد من وجهٍ، ويشبه العارض من وجهٍ، مثل من قبّل امرأةً لشهوةٍ، أو نظر إلى فرجها لشهوةٍ، ثم تزوج ابنتها، فوطئها، قال أبو حنيفة: لا يسقط الحدّ عن قاذفه.

[وقال أبو يوسف ومحمد: يسقط الحدّ عن قاذفه].

لأبي حنيفة: أن هذا الوطء مختلفٌ في تحريمه في السلف، وليس فيه نصٌّ يقتضي التحريم، ويجوز أن يقع حكم حاكمٍ بإباحته[1]، فحلّ محلّ التحريم العارض.

وجه قولهما: أن هذا تحريمٌ مؤبدٌ، فصار كوطء الابنة والأخت.

وعلى هذا الخلاف: إذا قبّل امرأة وتزوج بابنتها.

وكان أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول: لا خلاف بينهم أنّ من زنى بامرأةٍ ثم تزوّج ابنتها فوطئها، أنّ الحد يسقط عن قاذفه.

وإن كان الخلاف في مسألة الوطء وفي مسألة القبلة موجودٌ، إلا أن التحريم

(١) في ب (ويجوز أن يرتفع بحكم حاكم بإباحته).

بالوطء فيه نصٌّ لقوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]، والنكاح: الوطء.

وأما القسم الثاني: وهو الوطء في غير ملك، فقال أبو الحسن: إذا كان الوطء المحرم (في غير زوجةٍ ولا مملوكةٍ، فلا حدّ على قاذفه في قول أبي حنيفة.

وإن كان الوطء المحرم)[1] ليس بزنا، مثل أن يتزوج امرأةً نكاحًا فاسدًا مجمعًا على فساده، وهو يعلم أو لا يعلم، أو يطأ جاريةً مشتركةً، أو يشتري جاريةً فيطؤها، ثم تُستَحقّ وهو لا يعلم أنها لغير البائع، أو يطأ بنكاحٍ ثم يعلم (أن المرأة ممن لا يحلّ له نكاحها، فيقذفه قاذفٌ بالزنا، فلا حدّ على قاذفه.

وجملة هذا القسم)[2]: أن الوطء في غير ملكٍ يسقط الحدّ عن القاذف في قولهم إلّا في مسألةٍ واحدةٍ: وهي المجوسي إذا تزوّج بأمه فدخل بها، ثم أسلم فقذفه قاذفٌ، حُدّ عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد[3]: لا يحدّ.

لأبي حنيفة: أن هذا وطءٌ يقرّ عليه، فأجري مجرى الوطء الحلال، فلا يسقط الإحصان.

وجه قولهما: أنه وطءٌ محرمٌ في غير ملك، كالزنا، [فأشبه عقد المسلم على ذوات محارمه].

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (وقالا).

فأما ما سوىٰ هذه المسألة ، فالحدّ يسقط عن القاذف ؛ لأنه وطئ وطءاً [٣٦٠/أ] حرامًا في غير ملك ، وذلك يشبه الزنا ، فإذا قذفه قاذفٌ ، جاز أن يكون اشتبه الأمر عليه ، وهذه الشبهة مستندةٌ إلىٰ سببٍ صحيحٍ ، فأسقط الحدّ عن القاذف[١] .

ومن هذه الجملة قالوا: فيمن تزوج امرأةً نكاحًا بغير شهودٍ ، ووطئها ، سقط الحدّ عن قاذفه ؛ لأن العقد لم يوجد بجميع شرائطه ، والخلاف فيه غير معتدٍّ به عند أبي حنيفة ؛ لأنه لم يعرفه من الصحابة ، فصار كالوطء المجمع عليه .

قال ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره: إن أبا يوسف قال: أحسن ذلك عندي أنه إذا تزوج امرأةً وهو يعلم أن لها زوجًا ، أو امرأةً يعلم أنها في عدّةٍ من زوجٍ ، أو امرأةً ذات رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه وهو يعلم ، فلا حدّ علىٰ قاذفه .

قال: وإذا أتىٰ شيئًا من ذلك بغير علم ، فإني أحدّ قاذفه .

وذكر بعد هذا ابن رستم عن محمد: في رجل اشترىٰ جاريةً فوطئها ، ثم استحقّها مستحقٌّ ، وقذف إنسان المشتري ، [قال]: قال أبو حنيفة: لا حدّ عليه ، وهو وقول محمد .

وقال أبو يوسف: يحدّ قاذفه .

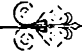
وقال ابن سماعة عن محمدٍ: في رجلٍ طلّق امرأته طلاقًا بائنًا ، وكتمها ذلك ، وجعل يطؤها ، ثم علمت بعد[٢] ، فقذفها إنسان بالزنا ، فإني أحدّ قاذفها .

قال محمد: لأنه وجب الصداق ، وثبت النسب ، ووجبت العدة ، ولم تأثم .

---

(١) انظر: الأصل ٢٠٢/٧ .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

ثم قال: وكذلك لو اشترىٰ أمةً فوطئها وهو لا يعلم، ثم استبان أنها أخته، فحصل في هذا [النوع][١]، وهو الوطء مع الجهل.

[في] قول أبي حنيفة: إن الحدّ يسقط عن القاذف، وهي رواية ابن رستم عن محمد.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحدّ القاذف، وهي رواية ابن سماعة [وهشام] عن محمد.

لأبي حنيفة: أنه وطءٌ محرمٌ بالإجماع في غير ملكٍ، فالجهل لا يمنع من سقوط الإحصان، كمن زنىٰ بامرأةٍ ظنها امرأته، وهو لا يعلم أن الزنا حرامٌ.

لأبي يوسف وإحدىٰ الروايتين عن محمد: أنه وطءٌ يتعلق به الأحكام، ولا مأثم فيه، فحمل علىٰ الوطء المباح.

وقال بشر عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا وطئ الرجل امرأةً وطئًا حلالاً، ثم وطئ أمها أو ابنتها ـ يعني بنكاحٍ ـ فلا حدّ علىٰ قاذفه؛ وذلك لأن هذا وطءٌ محرمٌ في غير ملكٍ مجمعٌ علىٰ تحريمه.

وقال: إن قبّل امرأةً لشهوةٍ، أو لمسها لشهوةٍ، ثم وطئ أمها أو ابنتها ـ يعني بنكاح ـ ثم قذفه رجلٌ، فعليه الحدّ، وذكر أن هذا مخالفٌ للأول.

(وقال أبو يوسف: هما عندي سواءٌ، ولا حدّ علىٰ قاذفه، وقد بيّنا هذه المسألة)[٢].

(١) في أ (القدح)، والمثبت من ب، وهو الصواب في السياق.

(٢) سقطت من ب.

وقال محمد في الأصل: في رجلٍ تزوج أمةً وحرةً في عقدة واحدة، فوطئهما، فعلىٰ قاذفه الحد.

وقال ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: ولو تزوج أمةً علىٰ حرّةٍ فوطئها، فإني أحدّ قاذفه؛ وذلك لأن هذا الوطء مختلفٌ فيه في السلف، وقد وجد العقد بجميع شرائطه، فصار كالتحريم العارض، ولم يسقط الإحصان.

قال: ولو وطئ رجلٌ جارية ابنه، فأحبلها أو لم يحبلها، فإني لا أحدّ قاذفه.

وقال ابن سماعة: [ولم يُرْوَ وطء الرجل جارية ابنه عن أبي حنيفة](1)؛ وذلك لأن هذا وطءٌ محرمٌ في غير الملك، متفقٌ علىٰ تحريمه كالزنا.

وأما إذا وطئ [أختين](2) بملك يمينٍ، فإن قاذفه يحدّ؛ لأن هذا الوطء مختلفٌ فيه في الصحابة، وقد دلّ علىٰ إباحته قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، فجرىٰ مجرىٰ التحريم العارض، فلا يسقط الحدّ عن القاذف(3).



(١) ما بين القوسين بياضٌ في أ، والمثبت من ب.

(٢) في أ (أخته)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) انظر: الأصل ٢٠٢/٧ وما بعدها، شرح مختصر الطحاوي ٢١٦/٦ وما بعدها.




بَابُ
الرجلِ ينفي الرجلَ عن أبيهِ



قال ابن سماعة، عن أبي يوسف في نوادره وفي الإملاء: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ قال لرجلٍ: لست لأبيك: هذا قاذفٌ، يُحدّ، ولا يكون هذا على وجهٍ من الوجوه غير قذف في رضاً ولا غضبٍ؛ وذلك لأن هذا لا يذكر إلا على وجه نفي النسب، [وقد قدّمنا: أنّ نفي النسب] على وجه السّب، إنما يراد به قذف الأم بالزنا.

[قال]: ولو قال: ليس هذا أباك، فإن قاله في رضا أو على وجه الاستفهام، فليس بقاذفٍ، ولا حدّ عليه، وإن قاله في غضبٍ أو على وجه التعيير، فهو قذفٌ، والحدّ له لازمٌ؛ وذلك لأن هذا اللفظ يذكر على وجه المدح، (كما يقول العرب: فلان ابن ماء السماء، وابن مزيقياء[1]، على وجه المدح له)[2]؛ ولأن أخلاقه تشبه أخلاق هذا الممدوح.

وقد يذكر على وجه الذم ونفي النسب، فإذا كان في حال الرضا، فالظاهر منه المدح، فحمل عليه، وإن كان في حال الغضب، فالظاهر منه الذم، فحمل عليه.

وقال ابن سماعة في مسألةٍ أخرى: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ قال لرجلٍ: لست لأبويك، فليس هذا بقاذفٍ، وإذا قال: لست لأبيك، فقد قذف أمّه؛

(١) مزيقياء هو ابن عامر، وهو ـ أي عامر ـ الملقب بماء السماء. انظر لسان العرب /مزق/.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

وذلك لأن نفيه عن أبويه يمنع من القذف بالزنا ؛ لأنه يقول لم تلدك أمك ، والزانية التي ولدت من الزنا ، فأما التي لم تلد الولد ، فلا تكون مقذوفةً به .

وأما إذا قال: لست لأبيك ، فلم ينف الولادة ، ونسبه إنما ينفىٰ عن أبيه إذا زنت أمه ، فكان قاذفًا .

قال ابن سماعة: وقال أبو يوسف في هذا الموضوع: وإذا قال هذا علىٰ وجه الاستفهام أو علىٰ وجه الغضب علىٰ الإنسان[1] ، فليس بقاذف ؛ وذلك لأن هذا اللفظ فيه احتمال ، فإذا قاله علىٰ وجه الاستفهام ، لم يقطع بالزنا .

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: لو قال: يا ابن الزانيتين ، وكانت أمه الدنيا مسلمةً ، فعليه الحدّ ، ولا يبالىٰ أمسلمةً كانت الجدة أم لا ، وإن كانت الجدة مسلمةً ، والأم الدنيا كافرةً ، فلا حدّ عليه ؛ وذلك لأن الإضافة إلىٰ الولادة إنما يتناول الأقرب فالأقرب ، ألا ترىٰ أن حقيقة البنوة[2] تتناول الأم ، والجدة إنما تسمىٰ بذلك علىٰ وجه المجاز ، فوجب اعتبار صفة الأم ، فإن كانت محصنةً حدّ قاذفها ، وإلا لم يحدّ .

قال: وكذلك قوله: يا ابن مائة زانية ؛ لأن هذا اللفظ إنما يراد به في العادة أن أمه زنت مائة مرة ، وليس المراد به أن في أمهاته هذا العدد من الزناة ، ومن قذف امرأة بتكرار الزنا ، حُدّ .

وقال مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف: فيمن قال لرجل: أنت ابن فلانٍ ، لرجلٍ أجنبيٍّ ، وذلك في صحةٍ ، فهو قاذفٌ للرجل الأجنبي ، ولأم الرجل الذي شَانَه

(١) في ب (النسيان).
(٢) في ب (الولادة).

[٣٦٠/ب]، يضرب لهما جميعًا حدًا واحدًا؛ وذلك لأن الإنسان لا يُنسب إلىٰ غير أبيه في حال الغضب إلا ويراد به السّبُّ، والسبُّ بالنسب إنما يكون بزنا الأم بفلان، وذلك قذفٌ لهما.

وقال هشام عن محمد: في رجلٍ قال لرجلٍ: يا ابن فلان، نسبه إلىٰ غير أبيه، فأخبرني أن أبا حنيفة كان يقول: إن كان في غضبٍ، فعليه الحدّ، وإن كان في غير غضبٍ، فلا حدّ عليه، إنما هذا غلطٌ؛ وذلك لأن العادة أن الإنسان يقول: أنت ابن فلانٍ علىٰ طريق المدح، يعني: تشابه أخلاقهما، وقد جرت العادة[1] بذلك علىٰ ما قدمنا، وقد يذكر علىٰ طريق السبِّ، فوقفَ علىٰ دليل الحال.

وقال ابن سماعة: قال أبو يوسف: إذا قال رجلٌ لرجلٍ: لستَ لأبيك، ولستَ لأمك، فليس عليه حدٌّ؛ لأن هذا كلامٌ موصولٌ، وهذا علىٰ ما قدمنا: أنه نفىٰ ولادة أمه له، وهذا يمنع من قذفها بالزنا.

وقال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لرجلٍ: أنت ابن فلانٍ، لعمِّه أو لخاله، أو لزوج أمه، قال: لا حدّ عليه؛ وذلك لأن العمّ يسمىٰ أبًا، قال الله تعالىٰ: ﴿إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣]، فسمىٰ العمّ باسم الأب.

وكذلك الخال؛ لأن النبي ﷺ قال: «الخالة والدة»[2]، وهذا يقتضي كون الخال والدًا[3].

وكذلك زوج الأم يسمىٰ أبًا، قيل في التفسير في قوله تعالىٰ: ﴿رَبِّ إِنَّ ٱبْنِي

(١) في ب (عادة العرب).
(٢) أخرجه البخاري (٢٥٥٢)
(٣) في ب (واحدًا).

مِنْ أَهْلِي﴾ [هود: ٤٥]: إنه كان ابن امرأته، وأجاز رسول الله ﷺ أبا رافع، ولم يُجز سمرة، وقال زوج أمه: أجزت أبا رافع، ولم تُجز ابني[1]، وإذا كان هذا يُنسب إليه في العادة، لم يكن قاذفًا، وإنما يحمل على المعتاد.

ولو قال [له]: لست[2] بابن فلانٍ لجده، لم يكن عليه حدّ؛ وذلك لأن الجد ليس بأبٍ في الحقيقة، فإذا نفاه عنه صدَق في نفيه.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل له جدٌّ جاهلي، فقال له رجلٌ: لست بابن فلان جدك، لجد أبيه الجاهلي، أنه لا حدّ في مثل هذا.

وكذلك رجل مسلم له أبٌ كافرٌ، أو جدٌّ كافرٌ، فقيل للابن المسلم: ليس فلان بأبيك، يعني جدك[3]، فقال له المسلم: أنت [سببتني حتى أزلت نسب أبي][4]، أنه لا حدّ عليه فيه أيضًا؛ وذلك لأن هذا قذف لامرأة كافرة، فلم يكن قذفًا صحيحًا، فلم يجز للمسلم المطالبة بالحدّ فيه.

وقال ابن رستم عن محمد: قال أبو حنيفة: في رجل قال لرجل عربي: يا نَبَطيّ، إنه لا حدّ عليه، ولو كان في هذا حدٌّ كان لو قال للرومي: يا فارسي حُدّ؛ وذلك لأن هذا يذكر ولا يراد به النسب، وإنما يريد[5] الطباع والأخلاق، فيقال للعربي: أنت نَبَطيٌّ، بمعنى: إنك لتشبه النبط في أخلاقهم، فلم يكن ذلك قذفًا.

---

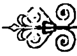
(١) روى خبر إجازة سمرة الحاكم في المستدرك (٢٣٥٦)، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، ووافقه الذهبي.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (جد المسلم).

(٤) في أ (أنت أحق) والمثبت من ب.

(٥) في ب (يراد به).



وقال في رجل قال لرجل: يا ابن الأقطع، أو يا ابن الأعور، [أو يا ابن الأسود، ونحو هذا، وليس في آبائه أقطع ولا أسود ولا أعور]: إنه لا حدّ عليه؛ لأن هذا لا يراد به أن أمه زنت برجلٍ على هذه الصفة، وإنما يراد به أن أباه موصوفٌ بهذه الصفة، وقد يذكر هذا [في الصحيح] على طريق الذم والسبّ، كما يقال للبصير: يا أعمى.

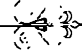
وقال بشر عن أبي يوسف: فيمن قال لرجل: لست لآدم، أو لست لرجلٍ، أو لست لإنسانٍ، أو لست لأحدٍ، قال: لا يكون قاذفًا؛ لأن القذف هو أن يصف أمه بوطءٍ للآدمي لها، وإذا نفى أن يكون وطئها إنسانٌ، لم يكن قاذفًا.

وقوله: لست لآدم، كذبٌ، فلا يثبت به القذف.

قال: ولو قال: لست لأب، أو لأبيك، أو للآباء، أو لم يلدك أبوك، فإن هذا كله قذفٌ، وكذلك لو قال: لست للرَّشْدَة[1]؛ وذلك لأن نفي النسب عن الأب إنما يكون بزنا الأم[2].



(١) «يقال: هو ولد رَشْدة، أو لرَشْدة: صحيح النسب أو من نكاح صحيح». المعجم الوسيط /رشد/.
(٢) انظر: الأصل ١٩٨/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٣٥/٦ وما بعدها.

بَابُ
متشابه القذفِ



قال (أبو الحسن رحمه الله)[(١)] في رجلٍ قال لرجلٍ: يا زاينة، قال: لا حدّ عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانًا.

وقال محمد: يجب[(٢)] حدّ القاذف، وروي عن أبي يوسف مثل قول محمد، والأول أصحّ.

وجه قولهما: أن «الهاء» إنما تثبت في صفة المذكر للمبالغة في العلم بالشيء، يقول العرب: فلانٌ نسابةٌ، وعلامةٌ، فكأنه قال له: أنت أعلم الناس بالزنا، أو أنت عالم بالزنا، وهذا ليس بقذفٍ.

وجه قول محمد: أنه أتى بالقذف وزاد عليه زيادةً لا يحتاج إليها، فتعلق الحكم بلفظ القذف، وسقطت الزيادة.

ولأنه لو قال لامرأةٍ: يا زانٍ، كان قاذفًا وإن وصفها بصفة المذكر، وكذلك إذا قال لرجلٍ: يا زانية، فوصفه بوصف المؤنث.

[قال]: وإن قال للمرأة: يا زانٍ، فعليه الحدّ في قولهم جميعًا؛ وذلك لأن الأصل في الكلام المذكر، والتأنيث داخل عليه للفصل، فإذا أسقط علامة التأنيث، فقد أتى بأصل الكلام، فكان قاذفًا.

---

(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (يحدّ).

فإن قال: يا ابن الزاني، أو يا ابن الزانية، حُدّ؛ وذلك لأنه قذف أباه وقذف أمه، فإذا كانا مُحصَنين ميتين[1]، فله المطالبة بحدهما.

وإن قال: يا ابن الزنا، قال: يحدّ في ذلك كله؛ لأن الزنا فعلٌ، ولا ينسب الإنسان إليه، وإنما معناه أنه مولودٌ من الزنا، وأنه ابن فاعل الزنا، وهذا قذفٌ.

وقال[2] في رجلٍ قال لرجل: يا معفوج[3]، قال: يعزِّره؛ وذلك لأن [هذا وصفٌ][4] بهذا الفعل، وليس فيه فرق بين الوطء وغيره، فلم يكن قذفًا [على قول أبي يوسف ومحمد حتى يضيف الفعل إلى السبيل، وعلى قول أبي حنيفة لا يكون قاذفًا به] بحال، وعليه التعزير؛ لأنه قذفه بأمر ألحق به الشين، وليس عليه حدٌّ مقدّرٌ.

وقال في رجل قال لآخر: يا ابن القحبة، قال: يعزِّره؛ وذلك لأن القحبة قد تكون المتعرّضة بالزنا وإن لم تفعل، فلم يكن هذا صريح قذف.

وقال فيمن قال لامرأته: يا خليلة فلان، قال: ليس عليه حدٌّ؛ لأن الخليلة تقتضي المودة، وقد يكون ذلك مع الوطء، وقد يكون مع غيره.

وقال: في رجل قال لآخر: جَدُّك زانٍ، أنه لا حد عليه؛ لأن اسم الجد يتناول الأعلى والأدنى على طريق الحقيقة، وفي جملة الأجداد كافرٌ، فإذا لم يتميز الجدّ المقذوف، لم يكن قاذفًا.

وقال: فيمن قال لرجل: يا ابن ألف زانيةٍ، أنه يُحدّ؛ وذلك لأنه قد قذف

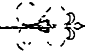
---

(١) في ب (مسلمين).

(٢) في ب (وهذا).

(٣) في ب (يا مفتوح)، خطأ، والمعفوج: هو المأتي في الدبر. انظر حاشية ابن عابدين (٤/٧٢)

(٤) في أ (ما يوصف)، والمثبت من ب.

الأمّ ومن فوقها من الأمهات، وقَذْف الأم يكفي في إيجاب الحدّ.

وقال هشام: سألت محمداً عن رجلٍ قال لقوم مجتمعين: ليس فيكم إلا زانٍ إلا واحد، أو قال: كلكم زان إلا واحدٌ، أو قال: لرجلين: أحدكما زان، فقيل له: هذا؟ لأحدهما، فقال: لا، قال: لا أحدّه للآخر؛ وذلك لأنه قذفٌ لمجهولٍ، والقذف للمجهول لا يثبت له حقّ المطالبة، فسقط الحدّ.

وأما إذا قال: أحدكما، فالقذف لم يَصِحّ؛ لأنه لغير مُعَيَّنٍ، فإذا نفي [القذف][(١)] عن أحدهما، فلم يحد بقذف الآخر، فلم يتعلّق بقذف [٣٦١/أ] المبتدأ حكم لم يتعلق به [حدٌّ] عند وجوده.

وسمعت محمداً قال في رجلٍ قال لآخر: أخوك زانٍ، فقال الآخر: لا بل أنت، قال: يحدّ القاذف الآخر؛ لأن قوله: لا، للنفي، وبل للإثبات، وهذا آكد ما يكون من الإثبات؛ ولهذا يستعمل في لفظ الشهادة بالتوحيد، فإذا ثبت القذف، حدَّ.

فأما القاذف الأول، فإنما قذف أخاه، وقذف الأخ لا يثبت به المطالبة لأخيه، فإن حضر الأخ وطالب وليس للمسبوب أخ إلا هو، ثبت له الحد.

وقال أصحابنا: لو كان رجلٌ قال لآخر: يا زانٍ، فقال له آخر: صدقت، فعلىٰ القاذف الحدّ، وليس علىٰ المصدق حدّ؛ لأن المصدق يحتمل أن يكون صدقه في القذف، ويحتمل التصديق في غيره، فلم يجز إثبات القذف بالشكِّ.

وإن قال: صدقت هو كما قلت، فهو قاذفٌ؛ لأنه لا احتمال في هذا

(١) في أ (الحد)، والمثبت من ب.




التصديق إلا القذف، فحمل عليه.

٢٦٩٢ - [فَصْل: الحد فيما إذا اختلف الشاهدان في موقع القذف]

قال: وإذا شهد رجلان على رجل بالقذف، فقال أحدهما: قذفه هاهنا، وقال الآخر: قذفه بالرقة، قال: أما على قول أبي حنيفة: فلا حَدَّ عليه، وقال أبو يوسف ومحمد: عليه الحَدُّ، وكذلك إذا قال أحدهما: يوم الجمعة، وقال الآخر: يوم الخميس، فهذا على هذا الخلاف.

وهذه المسألة على قلب هذا الخلاف عند أبي حنيفة: يجب الحد، وعندهما: لا يجب، وهو خلافٌ في الأصل لا يشتبه، وإنما وقع السهو من الناقل في النسخ.

لأبي حنيفة: أن القذف طريقه الأقوال، والأقوال تعاد وتكرر[1]، فاختلاف الأيام لا يؤثر فيها كالاختلاف في الإقرار.

وجه قولهما: أنّ [كل واحدٍ منهما شهد بقذفه عن القذف الآخر]، وكلّ واحدٍ من القذفين لا يجوز إثباته إلا بشاهدين، وليس هذا كالإقرار؛ لأن الشبه[2] لا يؤثر فيه، والحد يؤثر فيه الشبه، فجاز أن يؤثر فيه الاختلاف.

قال: ولو شهد أحدهما أنه قال له: يا زانٍ، يوم الخميس، وشهد الآخر: أنه أقر أنه قال له يوم الخميس: يا زان، لم يحد في قولهم؛ وذلك لأن أحدهما شهد بالقذف، والآخر بالإقرار به، وكل واحدٍ من الأمرين لا يصح إثباته إلا بشاهدين.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل شهد عليه شهود، فقالوا: رأيناه يزني

(١) في ب (وتكثر).

(٢) في ب (التشبيه)، وكذا في الموضع بعده.

فيما دون الفرج، قال: لا يحد، ولا يحدون؛ وذلك لأنهم ذكروا الزنا، وفسّروه بما ليس بزنا موصولاً بالكلام، فأسقط ذلك الظاهر، وصار كما لو قالوا: زنا ببهيمة، أو زنا بحمار(١).

ولو قالوا: رأيناه يزني (فأبهموا، ضُرِبوا الحد)(٢)؛ لأن إطلاق الزنا يتناول الوطء في الفرج، والكلام محمولٌ على إطلاقه، إلا أن يبيّن المتكلم غير ذلك.

قال: ولو قال لامرأةٍ: يا زانية، فقالت: زنيتُ بِكَ، حُدّت المرأة، ولم يُحَدّ الرجل؛ وذلك لأنها صدقته في القذف، حتى قالت: زنيت، وقذفته بقولها: زنيت بك، فسقط حكم قذفه، وبقي حكم قذفها.

ولو قال: يا زانية، فقالت: لا بل أنتَ الزاني، حُدَّا جميعًا؛ لأن كل واحد منهما قذف الآخر، ولم يوجد من المقذوف تصديقٌ.

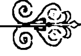
ولو قال: يا زانية، فقالت: زنيت معك، فلا حدّ على واحدٍ [منهما]؛ لأن قولها زنيت تصديق في القذف، وقولها: معك، يحتمل وأنت حاضر، أو شاهد، فلم يكن ذلك مع الاحتمال قذفًا.

ولو قال: أنتِ زانية، فقالت: أنتَ أزنى مني، قال: يُحَدّ الرجل؛ لأنه قاذف، وليست هي بقاذفة من قِبَل أن رجلاً لو قال لرجل: أنت أزنى مني، أو أنت أزنى الناس، لم يكن عليه حدٌّ؛ لأنه ليس بقاذفٍ؛ وذلك لأن قولها: أنت أزنى مني وأزنى الناس، يحتمل أن يراد به: أنت أعلم الناس بالزنا؛ لأن لفظ أفعل يستعمل في الفعل والعلم، ولم يذكر أبو الحسن في هذه المسألة خلافًا،

---

(١) في ب (بجدار).

(٢) في ب (فإنهم يضربوا الحد).




وذكره غيره على الخلاف.

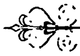
وعند أبي حنيفة[١] وزفر والحسن بن زياد: إذا قال: أنت أزنى الناس، [أو أزنى من الزناة، أو أزنى من فلانٍ الزاني، فإنه قاذفٌ ويُضرب الحدّ، ولو قال]: أزنى مِنّي أو من فلانٍ، (لم يكن عليه حدٌّ لما قدمنا.

وقال أبو يوسف: إذا قال: أنت أزنى الناس، أو أنت أزنى من فلان، لم يحد)[٢]؛ وذلك لأنه إذا قال: أزنى من الزاني، فقد أضاف لفظة أفعل إلى من وجد منه الفعل، فالظاهر أن المفاضلة في الفعل[٣]، وكذلك إذا قال: أزنى الزناة، فإذا قال: أنت أزنى الناس، فقد علمنا أن في الناس زناةً، فقد أضاف لفظة أفعل إلى من وُجد منه الزنا، وإذا قال: أزنى مني، وأزنى من [فلانٍ][٤]، فقد أضاف اللفظة إلى من لم يعلم منه فعل الزنا، فاحتمل أن يكون المراد بها العلم، فلم يحدّ.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجلٍ قال لرجلٍ: يا ماص كذا وكذا من أمّه، فذكر الفحش، قال: يعزّر، ولا حدّ عليه؛ وذلك لأن هذا سبٌّ، والسب بغير الزنا إذا ألحق به الشين، (فلا حد عليه)[٥]، ووجب به التعزير.

وقال ابن رستم عن محمد عن أبي حنيفة: في رجلين استبّا، فقال (أحدهما: ما أنا بزانٍ)[٦]، [ما أبي بزانٍ]، ولا أمي بزانية، قال: لا حدّ في هذا، وهو قول

(١) في ب (فقال أبو حنيفة).
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ب (فالظاهر أن المراد بها المبالغة في الفعل).
(٤) في أ (فعل)، والمثبت من ب، وهي الصواب في السياق.
(٥) سقطت من ب.
(٦) سقطت من ب.




محمد؛ وذلك لأن هذا رجلٌ مدح نفسه[١] وأباه، ومدح أمه، ومَدْح الإنسان لنفسه أو لأبيه [أو لأمه] لا يتعلّق به وجوب الحدّ.

وقد قال مالك: إن هذا قذفٌ؛ لأنه في حال المسبة[٢] غنّيٌّ عن مدح أبيه، وإنما يكني بهذا عن عكس الصفة في أب المخاطب، فصار قذفًا[٣].

وهذا ليس بصحيح؛ لأن أكثر الأحوال أن يكون قذفًا بكناية، والقذف قائم مقام الصريح، والحدود لا يجوز إثباتها بما قام مقام الغير.

وقال محمد: قال أبو حنيفة في رجلٍ قال: من قال إني فعلت كذا وكذا فهو ابن الزانية، فقال رجلٌ: أنا قلته، فلا حدّ على المبتدئ، علم أن ذلك الرجل قال أو لم يعلم.

وكذلك لو قال: من يقول فيّ كذا وكذا فهو ابن الزانية، فقال رجل: أنا أقوله، لم يكن[٤] عليه أيضًا حدٌّ؛ لأن هذا قذفٌ لغير معيّنٍ، وقذفٌ معلّقٌ بشرطٍ، والقذف لا يجوز تعليقه بالشروط، ألا ترى أن الإنسان لا يكون زانيًا إن قال قولاً، فلم تصح إضافة الزنا إلى قوله، وإذا لم تصح الإضافة، لم يلحق المقذوف الشين.

وقال هشام: سمعت أبا يوسف قال: في رجل قذف رجلاً، [فقال]: يا لوطي، إنه إن أفصح بذلك حددته.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (المشاتمة).

(٣) نقل مالك ذلك عن عمر بن الخطاب ﵁ في الموطّأ بعد (١٥٦٩)، ص٥٧٩.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.




وقال هشام: والإفصاح أن يقول: أنت تعمل عمل قوم لوط.

وقال في الأصل: في الرجل يقول للرجل: يا لوطي، قال: لا حد عليه، فإن قال: أنت تعمل عمل قوم لوط، وسمّىٰ ذلك، ولم يُكَنِّ عنه، قال: يحدّ في قول أبي يوسف ومحمد[1]، ويعزّر في قول أبي حنيفة ولا يحد.

وهذا فرع علىٰ اختلافهم في حكم هذا الفعل، فعند أبي حنيفة: أنه ليس بزنا، والقذف بغير الزنا لا يوجب الحد.

وعندهما: أنه زنا [٣٦١/ب]، فالقذف [به] يتعلق به الحد؛ إلا أنهما لا يوجبان ذلك إلا بصريح القذف، وقوله: يا لوطي، يحتمل الفعل، ويحتمل السبَّ[2]، فلا يحمل علىٰ الفعل بالشكّ.

وقال هشام: عن محمد في رجل قال لرجل: يا أخا الفاعلة، يعني: الزانية، أو يا عم الزانية، قال: ليس علىٰ قائل هذا حدٌّ؛ لأن هذا تعييرٌ، وليس بشتمٍ؛ وذلك لأن الأخ لا يكون له المطالبة بقذف أخته، وكذلك العمّ؛ لما بيّنا: أن القدح في نَسَبِه لا يقع بقذفها، [ولا بزناهما]

قال هشام: إلا أن معنىٰ قول محمد: حتىٰ تجيء الأخت [نفسها][3] فتطالب؛ وذلك لأنه قاذف لأخته، فإن لم يكن له إلا أخت واحدة فقط، فالقذف لمعيّنٍ، فلها أن تطالب بذلك.

---

(١) وأيّد ذلك بقوله: «قال: بلغنا عن إبراهيم النخعي أنه قال: يحد». الأصل ١٩٠/٧.

(٢) في ب (التشبيه).

(٣) في أ (بعينها) والمثبت من ب.




قال هشام: قال محمد[1] في رجل قال لرجل: أنت تزني، قال: لا حَدَّ عليه؛ لأن حروف المضارعة إذا دخلت على الفعل، خلص للمستقبل، والإخبار عن الفعل في المستقبل ليس بقذفٍ.

فإن قال: أنت تزني، وأُضرب أنا، فلا حدّ عليه؛ لأن هذا إنما يقال على طريق الاستفهام والتغرير، أي كيف يجوز أن يعاقب غير الفاعل، فلا يقصد بذلك القذف.

قال هشام: سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لآخر: يا ابن الدعيّة، قال: لا يحد؛ لأن الدعية للنسبة في العرف[2]، ولا نسب لها فيهم، وهذا لا يوجب الزنا.

قال هشام: سمعت محمداً قال: إذا قال الرجل لآخر: يا زأن، فأدخل فيه الهمزة، وقال: عنيت أن تصعد على شيءٍ، قال: عليه الحدّ، ونيته باطلةٌ؛ وذلك لأن العامة لا تفصل بين إدخال الهمز وإسقاطه، فقد يليّن المهموز ويهمز الملين، وإذا لم يفصل كان الظاهر من قوله القذف.

فإن قال: زنأت في الجبل، ثم قال: عنيت الصعود فيه، فعليه الحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا حَدَّ عليه.

وجه قولهما: ما ذكرنا أن العامة لا تفصل بين إدخال الهمز وإسقاطه، فصار هذا لغةً لهم، والقاذف بغير لغة العرب يجب عليه الحد[3].

---

(١) في ب (عن محمد).

(٢) في ب (في العرب).

(٣) في ب (يحد الحد)

فإن قيل: فما تقولون في العربي الذي يفصل بين الأمرين إذا قال هذا؟

قلنا: لا رواية فيه، فمن أصحابنا من قال: لا حدّ عليه؛ (لأنه ممن يفصل بين الأمرين، فإذا أدخل الهمزة، فإنما أراد الصعود، ومنهم من قال: عليه الحد)[١]؛ لأن العامة لما اعتادت استعمال هذه اللفظة في القذف، صار العربي كالقاذف بلغة غيره.

وجه قول محمد: أن الزناء ـ بالهمزة ـ هو الصعود[٢]، فإذا ذكر معه الجبل، فقد زال الاحتمال، وصار الظاهر ما قاله، وليس كذلك إذا لم يذكر الجبل؛ لأنه لا ظاهر يدل على الصعود إلا الهمزة، وهو أمر [مشتبه][٣] عند العامة، فلم يعتد به.

قال: فإن قال: زنأت على الجبل، فعليه الحد في قولهم؛ وذلك لأنه لا يقال: صعدت على الجبل، والجبل موضع يصح عليه الزنا، فصار كما لو قال: زنأت على السطح أو على الفراش.

وقال بِشر عن أبي يوسف في رجلٍ قال لامرأته: ما رأيت زانيةً خيرًا منك، أو قال لرجلٍ: ما رأيت قط زانيًا خيرًا منك، [قال]: قال أبو حنيفة: لا حدّ عليه، وهو قول أبي يوسف؛ لأنه جعل المخاطب خيرًا من الزناة، وهذا لا يقتضي المشاركة في الزنا، وإنما يقتضي صفة التفضيل خاصة.

وقال في رجل قال لامرأته: زنى بك زوجك قبل أن يتزوجك، قال: هو

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في مختار الصحاح: «زَنَأَ في الجبل: صَعِد، قال: والزَّنَاءُ ـ بوزن الصفاء ـ: الحاقن». (زنأ).

(٣) في أ (معتبر)، والمثبت من ب، وهو المناسب في تصوير المسألة.

قاذفٌ ؛ وذلك لأن الزنا يصحّ منهما قبل النكاح ، فقد قذفها بزنا يسبّها به ، فوجب عليه الحد .

قال: ولو قال: زنىٰ فخذك ، أو ظهرك ، أو يدك ، فليس عليه حد ؛ وذلك لأن الزنا بغير الفرج إنما يكون بالفعل الداعي إلىٰ الزنا ، (كما قال ﷺ: «**العينان تزنيان**»[١] ، والفعل الداعي إلىٰ الزنا)[٢] ليس بقذفٍ .

قال: وإن قال: زنىٰ بك بإصبعه ، لم يكن عليه حدٌّ ؛ لأنه فسّر الزنا بفعلٍ ليس بزنا بكلامٍ متصلٍ ، فخرج أن يكون قاذفًا[٣] .



(١) أخرجه البخاري (٥٨٨٩) ؛ ومسلم (٢٦٥٧) .

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب .

(٣) انظر: الأصل ٢٠١/٧ وما بعدها .

بَابُ
آخرُ مما لا يكونُ قذفًا



قال: وإذا قال الرجل لامرأته: زنيتِ وأنتِ مستكرهة، أو أنتِ معتوهة، أو نائمة، أو مجنونة، أو أضاف الزنا إلىٰ وطءٍ[1] لا يجب عليه حدٌّ لو فعله، أو قال: وطئك فلان وَطْئًا حرامًا، أو جامعك حرامًا، أو فجر بك فلان، أو قال لرجلٍ: فجرت بفلانة، أو فعلت بفلانة، فسمَّىٰ فحشًا لا يكنىٰ عنه، أو جامعها حرامًا، أو وَطْئًا حرامًا، أو باضعها، فلا حدّ عليه في هذا؛ وذلك لأنه قذفها بالزنا وفسّره بما ليس بزنا، لأن الصغيرة والمجنونة والمستكرهة لا يوصف فعلهنّ بالزنا، وإذا فسر الكلام تفسيرًا متصلاً حُمل القذف علىٰ تفسيره.

وأما إذا قال: وطئت وَطْئًا حرامًا، فالوطء الحرام قد يكون زنا وغير زنا، فلا يثبت القذف بالشك، وكذلك الفجور، اسم للزنا، واسم للوطء المحرم.

فأما إذا [قال]: وطئها فلان أو فعل بها فلان، وذكر الفحش، فقد يكون هذا الفعل حلالاً، وقد يكون حرامًا، فلم يثبت به القذف.

٢٦٩٣ - [**فَصْل: اعتبار القذف بحال المقذوف**]

وأما إذا قال لأمةٍ أعتقت أو كافرةٍ أسلمت في حال الحرية أو في حال الإسلام: زنيت وأنت أمةٌ أو كافرةٌ، فعليه الحدّ؛ لأنه قاذفٌ يوم تكلم بزناها قبل ذلك، فيحدّ.

(١) في ب (أو أضاف إليها فعلاً وَطْئًا).




وجملة هذا: أن المعتبر عندنا في القذف حال ظهوره، دون حال الإضافة، وقال الشافعي: المعتبر بحال الإضافة.

والدليل على ما قلناه: أن الحدود يُعتبر فيها حال ظهور أسبابها، الدليل عليه سائر الحدود.

ولأن المعتبر لو كان بحال الإضافة، لوجب إذا قال ابن عشرين سنةً لابن خمسين سنةً: زنيت منذ ثلاثين سنة، لا يجب عليه الحدّ؛ لأنه قاذفٌ قبل أن يخلق، فلما وجب عليه الحدّ، دل على أن المعتبر حال القذف دون حال الظهور.

ولأنه ألحق الشين بمقذوف مُحْصَنٍ، فوجب عليه الحد كما لو قذفه بزنا في حال الإسلام.

[قال: ولو قال لمرتدّةٍ: زنيتِ قبل أن تَرْتَدِّي، فلا حدّ عليه، وهذا على ما قدمنا أن المعتبر حال القذف دون حال الإضافة، وهي في الحال غير محصنةٍ].

قال: وإذا قذف الرجل رجلاً بغير لسان العربية، أيّ لسان كان، فهو قذفٌ صحيحٌ؛ لأن الشين يلحق بالمقذوف بغير اللغات، والحدّ يجب للشين.

وإذا قال: يا آكل الربا، أو يا شارب الخمر، فعليه التعزير؛ لأنه رماه بما يلحق به الشين، وليس عليه حد مقدّر.

ولو قال: يا حمار، (أو يا ابن الحمار)[1]، أو يا ثور، أو يا خنزير، لم يعزر؛ لأنه غير قاذف في قوله، فلا يلحق المسبوب شينًا بذلك.

ولو قال رجلٌ لرجلٍ: فعلت يا ابن الآخر كذا وكذا، لا يكني عن الفحش،

---

(١) سقطت من ب.




غير أنه لا يقول: زنيت زنًا[1]، فلا حدّ عليه.

وكذلك لو قال: أنا فاعلٌ بأُمِّه؛ لأن هذا الفعل قد يكون [٣٦٢/أ] على وجه الزنا، وقد يكون بنكاح، وقد يكون لتهمة.

ولو قال رجل لرجل: اذهب فقل لفلان: يا زان، أو يا ابن الزانية، فلا حَدّ على المُرْسِل؛ لأنه أمره بالقذف، ولم يقذف، والآمر بسبب الحَدِّ لا حَدَّ عليه، كالآمر بالزنا.

وأما الرسول، فإن قذفه قذفًا مطلقًا حُدَّ.

وإن قال له: أرسلني إليك، فلا حدّ عليه؛ لأنه حاك القذف عن غيره.

ولو قال رجلٌ لرجلٍ: قد أخبرت بأنك زانٍ، أو أشهدني فلان أنك زانٍ، فلا حدّ عليه؛ لأنه حكى القذف عن غيره، وشهد على شهادة غيره.

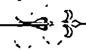
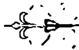
ولو قال رجل لرجل: أشهد أنك زان، فقال الآخر: وأنا أشهد، فعلى الأول الحدّ، ولا حدّ على الثاني؛ لأنه يحتمل أن يقول: أنا أشهد بزناك، أو أشهد شهادة الحق، فلا يثبت القذف بالاحتمال.

وإذا قال: قد زنى فرجك، فعليه الحدّ؛ لأنه أضاف الزنا إلى العضو الذي يقع به الزنا، فكأنه قال: زنيت بفرجك.

وإذا قال: زنيت وفلان معك، فهو قاذف لهما، فإن قال: عنيت: وفلان معك شاهد، لم أنظر إلى قوله هذا، وعليه الحد؛ وذلك لأنه عطف فلانًا على الضمير في قوله زنيت، فاقتضى اشتراكهما في الفعل.

---

(١) في ب (زنيت بها).

وإذا قال الرجل لامرأةٍ: زنيتِ ببعير، أو بثورٍ، أو بحمار، أو بفرس، أو ببرذون، فليس عليه حدٌّ؛ وذلك لأنه أضاف الزنا إلىٰ من [لا] يكون منه الوطء، فكأنه قال: وطئك حمارٌ، أو فرسٌ، فلا يكون ذلك قذفًا.

فإن قال لها: زنيت بناقة، أو ببقرة، أو بشاة، [أو بدابةٍ]، (أو بدنانير، أو بدارهم)[١]، أو بشيءٍ من سائر الأمتعة، فهو قاذفٌ لها؛ وذلك لأن الانثىٰ لا يكون منها فعل الزنا بالأنثىٰ، فكان ذلك عوضًا، فكأنه قال لها: زنيت بعوض هو حمار أو بقرة.

وإذا قال ذلك لرجلٍ، فلا حدّ عليه في جميع ذلك، إلا أن يقول: زنيت بأمة.

وقد قال أصحابنا: إن هذا علىٰ التفصيل، فإن قال له: زنيت بأنثىٰ كالبقرة والشاة، فليس بقاذف؛ لأنه يصِحّ أن يطأ هذا الحيوان، و[هذا] ليس بزنا إلا في الجارية خاصّة.

وأما إذا قال: زنيتِ بذكرٍ مثل الحمار والفرس، لا يمكن حمل ذلك علىٰ الوطء، فحمل علىٰ العوض والجُعل، فكأنه قال: زنيت بعوضٍ هو حمارٌ.

قال: وإذا قال رجل لرجل: يا يهودي، أو يا نصراني، أو يا مجوسي، أو يا ابن اليهودي، أو يا ابن المجوسي، فلا حد عليه، ويعزَّر، وكذلك إن قال: يا فاسق، أو يا فاجر، أو يا ابن الفاسق، أو يا ابن الفاجر؛ وذلك لأن هذا رمي بما يلحق به الشين، وليس بزنا، فلا يكون [به] قاذفًا، إلا أنه رماه بأمرٍ منكر ليس عليه حدٌّ في الشريعة، فيعزّر[٢].

---

(١) سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٢١٦/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٣٧/٦ وما بعدها.

[٦٦] بَابُ
في التعزيرِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قال أبو حنيفة وزفر ومحمد: لا يبلغ في التعزير[١] أربعين سوطًا [في حرٍّ ولا عبدٍ]، قال أبو يوسف عن أبي حنيفة: في حرٍّ ولا عبدٍ ولا امرأةٍ.

قال أبو يوسف: وكان ابن أبي ليلىٰ يضرب في التعزير خمسة وسبعين سوطًا، ولا أحفظ عنه [في] تعزير العبد [شيئًا].

وقال الحسن بن زياد: التعزير ما بين ثلاثة أسواط إلىٰ خمسة وسبعين علىٰ قدر ما يرىٰ القاضي، (وعلىٰ قدر ما جنىٰ الذي يُعزَّر.

قال: ويُعزَّر العبيد ما بين ثلاثة أسواط إلىٰ خمسة وثلاثين سوطًا، علىٰ قدر ما يرىٰ القاضي)[٢]، ولا يبلغ تعزير حرّ حدَّ الحرّ، ولا تعزير عبدٍ حدّ العبد.

وحكىٰ الحسن عن ابن أبي ليلىٰ: يبلغ بتعزير الحر خمسة وسبعين سوطًا، وبتعزير العبد خمسة وثلاثين.

أما الكلام في أقل التعزير، فوجه ما ذكره الحسن: أن المقصود بذلك الزجر، وما دون ثلاث جلدات لا يقع به الزجر.

---

(١) التعزير في الأصل: الرد والردع: وهو المنع، وفي الشرع: «هو التأديب دون الحد علىٰ معصية لا حد فيها ولا كفّارة». التوقيف (تعزير).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

وأما أكثره، فلا يزاد على تسعة وثلاثين عند أبي حنيفة ومحمد؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**من بلغ حدًّا في غير حدٍّ، فهو من المعتدين**»[١]، وروي أنه قال: «لا يُجلد أكثر من عشر جلدات، إلا في حَدٍّ من حدود الله»[٢].

ولأن الأربعين حدٌّ في العبد بنفسها، فلا يستوفى في التعزير، كالقتل والقطع.

لأبي يوسف: ما روي عن علي رضوان الله عليه أنه قال: في التعزير خمسة وتسعين[٣]، فاعتبر أعلى الحدود، ونقص منها خمسة، فأقلده في النقصان، واعتبر أدنى حد الحر، فيجب خمسة وسبعين.

وعلى هذا قال: في العبد خمسة وثلاثين؛ لأن أدنى جلد العبد أربعون[٤]، فينقص منها خمسة.

وقد روي عن أبي يوسف أنه قال: يقرّب كل شيء من نوعه، فيقرب الوطء فيما دون الفرج من حد الزنا، والقذف بما سوى الزنا من القذف بالزنا، ويقرب المحرّم الذي ليس بخمر من حدّ الخمر، حتى يلحق كل نوع من المعاصي بنظيره.

وقالوا جميعًا: لا يعزر في المسجد؛ لأن المعنى المانع من إقامة الحدود في المساجد؛ أنه لا يؤمن أن ينفصل منه[٥] نجاسةٌ، وهذا المعنى موجودٌ في التعزير.

---

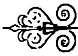
(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٧٣٦٢) من حديث النعمان بن بشير، وقال: «المحفوظ مرسل».

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٥٧)؛ ومسلم (١٧٠٨).

(٣) ذكره ابن حجر في الدراية (٢/١٠٧)، وقال: «لم أجده».

(٤) في ب (لأن أكثر حدّ العبد أربعون). خطأ.

(٥) في ب (من المحدود).




وقال ابن رستم عن محمد: يؤْخذ في التعزير الكفيل، ولا يُحبس له حتى يسأل عن شهوده، ويُقبل فيه الشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال؛ وذلك لأن التعزير حقٌّ لآدميٍّ لا يسقط بالشبهة، فيؤخذ فيه الكفيل كالديون؛ ولهذا يقبل فيه شهادة النساء والرجال، كما يُقبل في الديون، ويَصِحُّ العفو عنه؛ لقوله ﷺ: «**تجافوا عن عقوبة ذوي المروءات**»[1]، وقال: «**أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم**»[2].

ولأنه حقٌّ لآدميٍّ، فيجوز عفوه عنه كـ[ما يجوز] عفوه عن سائر حقوقه.

وذكر علي [بن الجعد] عن أبي يوسف أنه قال: للإمام أن يعزّر ما بينه وبين المائة، وهذا يجوز أن يكون تقليداً لعلي عليه السلام في تجويز التعزير بخمسة وتسعين.

وقال الحسن عن أبي حنيفة: لو أن رجلاً قال لآخر: يا فاسق، أو يا لصُّ، وهو رجل من أهل الصلاح لا يرمى[3] بفسقٍ ولا لصوصيةٍ، عزّر القائل، وإن كان يرمى بفسق أو لصوصيةٍ، لم يكن على القائل[4] شيء؛ [لأنه إذا لم يرم ألحق به الشين، وذلك أمرٌ منكرٌ ليس عليه حدٌّ في الشرع، وإذا كان يرمى]، لم يلحقه شينٌ بالرمي، فلم يعزّر.

قال: فإن قال [قائلٌ] لرجلٍ: يا ابن الخبيثة، أو يا ابن الفاسقة، أو قال: يا ماص بظر أمه، وأمُّهُ ميتة، عُزِّر، ولا يبلغ بضرب القائل الحدّ؛ لأنه رمى [بما]

(١) أخرجه الطبراني في الصغير (٨٨٣)؛ وقال الهيثمي في المجمع: «فيه محمد ابن كثير بن مروان الفهري، وهو ضعيف» (٦/٢٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٧٥)، وصححه ابن حبان (٩٤).

(٣) في ب (لا يعرف).

(٤) في ب (على الذي قال ذلك).




دون الزنا، فألحق الشين بالمرمي.

وقال الحسن في نسق روايته عن أبي حنيفة: لا يقبل في التعزير شهادة النساء [٣٦٢/ب].

قال: وفيها قول آخر: تقبل شهادة النساء مع الرجال في التعزير، ويُحبس الذي وجب عليه التعزير أيامًا، ويُخلى سبيله ولا يضرب.

أما ما رواه عن أبي حنيفة: فوجهه أن التعزير عقوبة، فلا تثبت بشهادة النساء مع الرجال[١]، كالحدود والقصاص.

وقوله: فيها قولٌ آخر، إنما يريد بذلك مذهب نفسه؛ [ولأنها عقوبة بالحبس، فتقبل شهادة النساء][٢]، ولم يضرب بها، ولكنه حبس؛ لأن التعزير قد يكون بالحبس، وقد يكون بالضرب، وقد يكون بهما، فلم يثبت الضرب بشهادتهم، وأثبت الحبس الذي هو أدنى منه[٣].



(١) (مع الرجال) سقطت من ب.

(٢) في أ (لأنها عادة الحبس تقبل النساء)، والمثبت من ب، والعبارة فيه أوضح.

(٣) انظر: الأصل ١٥٥/٧، ١٨٩؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٠٤/٦ وما بعدها.

بَابُ
الحدودِ إذا اجتمعت ما يقامُ منها وما يبطل



قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: في رجل قذفَ قومًا، وزنى، وشرب الخمر، وسرق، [ولم يحصن]، وحضر بين يدي الإمام(١)، كيف ينبغي للإمام أن يصنع؟

قال: يبدأ فيضرب حد القذف، فإذا فرغ أمر بحبسه حتى إذا برأ وخفّ الضرب، ثم هو بالخيار: إن شاء بحدّ الزنا، وإن شاء بحد السرقة، ثم يحبسه حتى إذا برأ أقام عليه الحدّ الآخر، فإذا فرغ حبسه، فإذا برأ أقام عليه حدّ الخمر.

أما البداية بحدّ القذف، فإن المطالبة [به] لحقّ الآدميّ، وحقوق الله تعالى إذا اجتمعت مع حقوق الآدميين في حكم الدنيا، قدّم حقّ الآدمي.

وإنما حبس حتى يبرأ؛ لأن الإمام لو جمع بين الحَدَّين لأدّى ذلك إلى التلف، والحدود فيما دون النفس تستوفى على وجهٍ لا يؤدي إلى التلف.

ثم الإمام مخيرٌ: بين البداية بحدّ السرقة، أو بحدّ الزنا؛ لأن كلّ واحدٍ منهما يثبت لحق الله تعالى، وهو ثابتٌ بالقرآن، فجريا في التأكيد مجرى واحدًا.

ويؤخر حدّ الشرب عنهما(٢)؛ لأن وجوبه معلومٌ بالسنة، فهو أضعف مما

(١) في ب (وأتي به الإمام).

(٢) في ب (عندنا).

يثبت بالقرآن، فكان البداية بالمتأكد أولىٰ.

[قال]: وإن كان مع ذلك قتلٌ: ضربته للقذف، ثم ضمنته للسرقة، وقتلته، ودرأت عنه ما سوىٰ ذلك من الحدود، كذلك إن كان زنىٰ وهو محصن، بلغنا نحو ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما(١).

أما حدّ القذف، فلا يدخل في القتل؛ لأنه حقٌّ يتعلق به مطالبة آدمي، فتأكد في الوجوب، كما تتأكد الديون.

وأما بقية الحدود، [فقد اجتمع] النفس وما دون النفس لحق الله تعالىٰ، فإذا بدأ الإمام بالنفس، سقط ما دونها حكمًا، وإن بدأ بما دونها لم يسقط النفس، والإمام مأمون بفعل ما يؤدي إلىٰ درء الحدود وإسقاطها(٢).



(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨١٢٦).

(٢) انظر: الأصل ١٨٧/٧.

بَابُ
يرى الرجلَ أو يسمَعه أو يعلم به قبل أن يُستقضى هل يحكم به أم لا؟

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: فيما علم الحاكم وشهد عليه قبل أن يستقضى، ثم استقضي، فاختصم إليه، فإنه لا يحكم فيه بعلم، [إنما][1] هو شاهدٌ، فإن طولب بالشهادة عند من فوقه ونفذ الحكم بشهادته مع شاهدٍ آخر، وهو في ذلك وغيره ممن ليس بقاضٍ سواءٌ، كائنًا من كان [ذلك] الحقّ حدًا أو غيره.

وقال أبو يوسف ومحمد: يحكم في ذلك بعلمه من غير شهادة عنده، وفي جميع الحقوق والمطالبات إلا الحدود، فإنه لا يحكم بها، غير أن السرقة إن كانت قائمةً بعينها في يد السارق رَدَّها على صاحبها، وإن كانت مستهلكة ضمّنه إياها.

أما ما علم القاضي قبل الحكم، فلا يحكم به عند أبي حنيفة؛ لأنه تحمل شهادة، فلا يجوز أن يجعله حكمًا، كمن شهد على شهادة غيره، ثم ولي القضاء، لم يجز أن يحكم بذلك.

وجه قولهما[2]: أن القاضي يجوز أن يحكم بالشهادة التي يقع له الظنُّ بها، فإذا كان قد شاهد، فقد حصل له العلم، فالحكم به أولى.

---

(١) في أ (أنه)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (قول أبي يوسف ومحمد).

وأما إذا علم في حال القضاء[١]، فإنه يحكم به إلا في الحدود، هذا قولهم المشهور.

وروي عن محمد: أنه رجع حين رأىٰ تخليط القضاة، وقال: لا يقضي القاضي بعلمه في حدٍّ ولا غيره.

وجه قولهم المشهور: أن الأمة اقتصرت علىٰ قاضٍ واحد في كل مصر، فلو لم يقبل قوله فيما يقر به الخصوم عنده، لوجب أن يولىٰ جماعة ليشهدوا بالحق، وإلا أدّىٰ إلىٰ ذهاب أموال الناس.

ولأن أقوال القاضي مقبولةٌ في تزكية الشهود في مذهبه، وصحّة الحكم تتعلقُ به، وكذلك يقبل قوله في وجوب الحقوق.

وجه قول محمد: أني لو قبلت قول القاضي لقتلت بقوله، والقتل لا يجوز إثباته إلا بقول رسول الله ﷺ؛ ولهذا روي أن رجلاً أغلظ علىٰ أبي بكر الصديق، فقال أبو برزة[٢]: ألا أمرتني يا خليفة رسول الله فضربت عنقه، فقال: أو كنت فاعلاً لو أمرتك؟ فقال: نعم، قال: ما كان ينبغي ذلك لأحدٍ بعد المرسلين[٣].

وأما الحدود فلا يقضي[٤] القاضي فيها بعلمه؛ لما روي أن عمر بن الخطاب قال لعبد الرحمن بن عوف: أرأيت لو رأيتَ رجلاً قَتَلَ أو سَرَق أو زَنَىٰ، فقال: أرىٰ شهادتك شهادة رجلٍ من المسلمين، قال: أصبت[٥].

---

(١) في ب (وأما ما علمه في حال القضاء).

(٢) في ب (أبو هريرة)، والصواب في الرواية (أبو برزة).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٦١)؛ وأبو يعلىٰ في المسند (٨٢).

(٤) في ب (يحكم).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨٨٧٧)؛ ورواه البخاري معلقًا بصيغة الجزم عقب حديث (٦٧٤٨).




وروىٰ سفيان، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري قال: قال أبو بكر: لو وجدت رجلاً علىٰ حدٍّ من حدود الله، لم أحدّه أنا، ولم أدع [له] أحدًا حتىٰ يكون معي شاهدٌ غيري(١).

ولأن الحدود تجب لحق الله تعالىٰ، والقاضي خصمٌ في استيفائها، فإذا قضىٰ بعلمه، فكأنه قضىٰ بما هو خصمٌ فيه، فلا يجوز.

وأمّا تضمين السرقة؛ فلأنه حكمٌ بمال، والأموال يجوز أن يقضي القاضي فيها بعلمه في المشهور من قولهم.

وما علمه القاضي في غير المصر الذي يليه، لم يحكم به عند أبي حنيفة ومحمد في مصره، وقال أبو يوسف: يحكم.

والخلاف فيه كالخلاف فيما علمه قبل القضاء؛ لأنه لا يملك الحكم في الموضع الذي علم، فهو إنما تحمّل شهادةً، فلم يجز أن يجعلها حكمًا.

وقال أبو حنيفة: من أُقِرّ به من زنا، أو سرقةٍ، أو شرب خمرٍ، أو سُكْرٍ في غير مجلس قضائه الذي يجلس فيه الناس يقضي بينهم، وأقر بذلك مرارًا أربعًا في الزنا، ومرةً في غير ذلك، [ثم] لم يرجع عنه، لم يأخذه بشيءٍ من ذلك، وهذا بمنزلة رؤية القاضي له علىٰ بعض ذلك(٢)، إلا أنه يضمّنه السرقة لصاحبها، وإنما يأخذ به من الإقرار ما كان من إقرار(٣) عند القاضي وهو في مجلس قضائه قد جلس لذلك؛ وذلك لأن الإقرار إذا حصل في مجلس القاضي فَبِنا ضرورةٌ

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (٢٠٢٩٢).
(٢) في ب (بمنزلة رؤية القاضي لتحمل بعض ذلك).
(٣) في ب (ما كان في الدار).

إلىٰ إيجاب الحدّ به ، لولا ذلك لم يقع التوثق بقاضٍ واحدٍ .

فأما ما سمعه القاضي من الإقرار في غير مجلسه ، فلا ضرورة [٣٦٣/أ] به إليه ، فيصيرُ كمشاهدته سبب الحدّ .

فأمّا ما لا يصحُ الرجوع عنه بعد الإقرار به ، مثل القذف والقصاص إذا أقر بذلك في مجلس القاضي أو في غير مجلسه ، أقام القاضي عليه ذلك ؛ لأن هذا حقٌّ لآدميٍّ ، فإذا علم القاضي في حال [القضاء][1] ، حكم بعلمه فيه كما يحكم في الأموال .

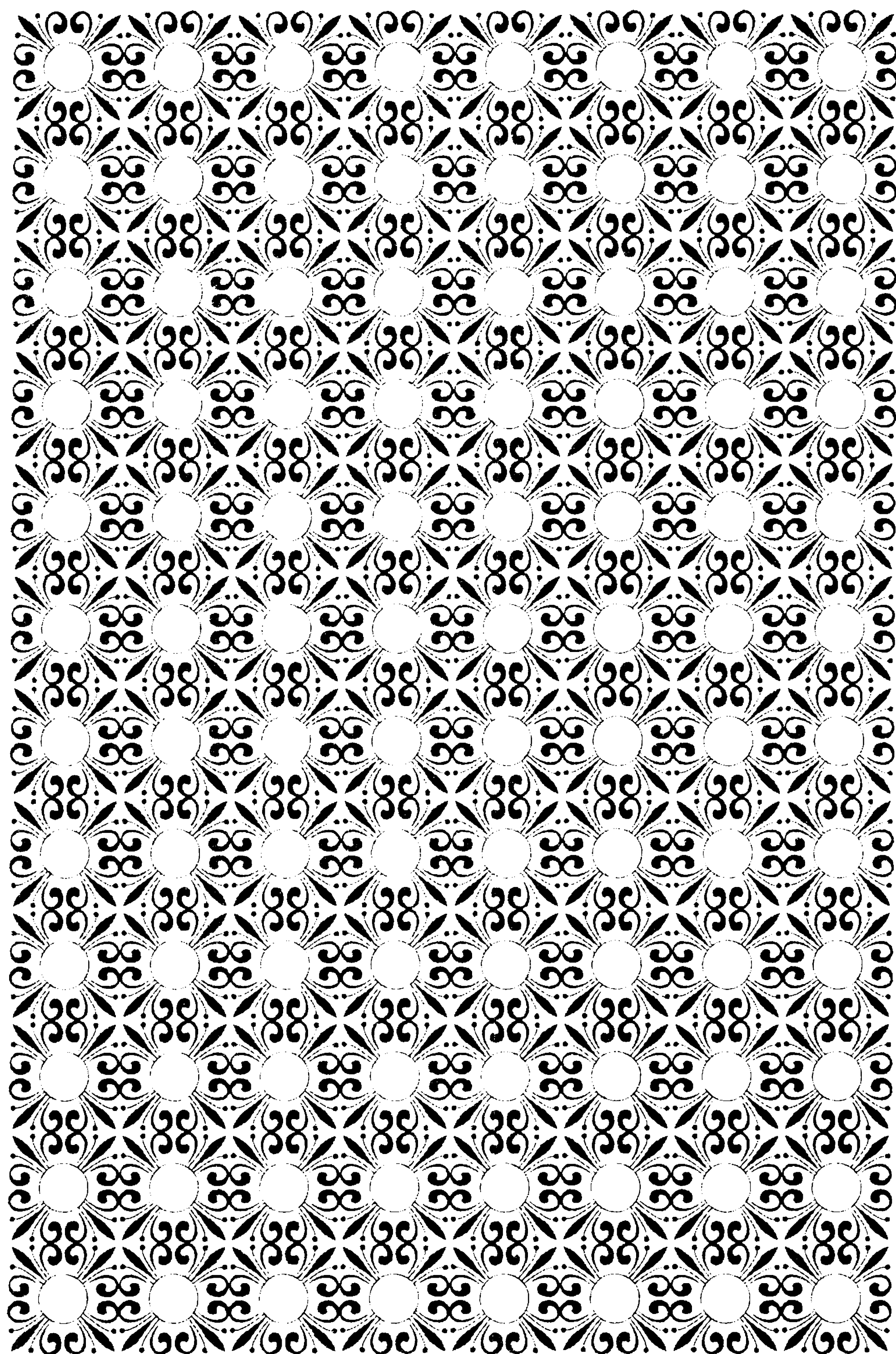
تم كتاب الحدود والله المشكور والمحمود

والصلاة علىٰ محمد وآله الرُّكع السُّجود[2]



(١) في أ (القاضي) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في السياق .

(٢) ليست في ب .



[٦٧] كتابُ السرقةِ وقطع الطريقِ

قال [الشيخ] أيده الله تعالىٰ: السرقة(١) عبارةٌ عن أخذ المال علىٰ وجه الاختفاء؛ لأن الأخذ إذا كان علىٰ غير وجه الاختفاء سُمِّي نهبًا وخِلسَةً، فإذا كان علىٰ وجه الاختفاء سُمِّي سرقةً.

والأصل في وجوب قطع السارق(٢): قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده**»(٣)، وروي أن سارقًا رُفع إليه، فأقر بالسرقة فقطعه(٤).

والسرقة يعتبر فيها [صفات](٥) السارق، والعين المسروقة، والحِرْز المسروق منه، والمالك للعين المسروقة.

فأما السارق، فيعتبر أن يكون بالغًا عاقلاً؛ لأن الحدود لا تجب إلا مع

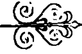
(١) «السرقة لغة: أخذ الشيء من الغير خُفْيَةً، أي شيء كان.
وشرعًا: أخذ مكلف عاقل بالغ خفية قدر عشرة دراهم». أنيس الفقهاء ص٦٧٦.

(٢) «قطع الطريق: هو الخروج لأخذ المال علىٰ وجه المجاهرة في موضع لا يلحق المأخوذ منه الغوث». الجوهرة ٢/٢١١.
وقطع الطريق يسمّىٰ: سرقة كبرىٰ، أما كونه سرقة: باعتبار أن قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الإمام الذي عليه حفظ الطريق، أما كونه كبرىٰ: فلأن ضرره يعمّ عامة المسلمين؛ حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الأمن...». أنيس الفقهاء ص١٧٨.

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٠١)؛ ومسلم (١٦٨٧)

(٤) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ وابن ماجه (٢٥٩٥)؛ قال في نصب الراية (٣٦٩/٣): «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح».

(٥) في أ (نصاب)، والمثبت من ب، والعبارة تقتضيه.

وجود التكليف، ويعتبر في فعله أن يكون علىٰ وجه الاستخفاء؛ لأن السرقة لا تكون مع الجهر.

ويعتبر في المكان المأخوذ منه: أن يكون حِرْزًا؛ لأن النبي ﷺ قال في حريسة الجبل: «[فيها] **غرامة مثليها، وجلدات نكالٍ**»[1]، فلم يوجب فيها القطع؛ لأنها ليست بحرزٍ، ويعتبر أن يكون غير مأذون له في دخول الحرز من جهة الآدمي؛ لأن الآدمي[2] إذا أذن له في دخول الحرز، خرج من أن يكون حرزًا في حقّه.

ويعتبر في المال: أن يكون جنسه لا يوجد مباحًا [تافهًا] في دار الإسلام، ولا يسرع إليه الفساد، ولا يكون فيه شركةٌ ولا شبهة [ملك].

ويعتبر في المسروق منه: أن يكون له يد صحيحة في المال، وأن لا يكون بينه وبين السارق رَحِم كامل، ولا زَوْجِيَّةٌ.

والكلام في تفصيل هذه المسائل يجيء فيما بعد.

وأما محل القطع: فهو مِفصل الزَّنْد، وقالت الخوارج: من المنكب، ومن الناس من قال: الأصابع.

لنا[3]: ما روي أن النبي ﷺ قطع السارق من مِفصل الزند[4]، وهذا بيانٌ للمراد بالآية.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ والترمذي (١٢٨٩)؛ وقال: «حسن».

(٢) (لأن الآدمي) سقطت من ب.

(٣) في ب (والذي يدل عليه).

(٤) فيه عدة أحاديث، منها ما رواه الدارقطني في السنن (٣/٢٠٤) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه؛ وانظر: نصب الراية للتفصيل (٣/٣٧٠)




واليد التي يتعلّق بها القطع: هي اليمنىٰ، كما قُرئ[1] في قراءة [عبد الله] بن مسعود: ﴿فاقطعوا أيمانهما﴾[2]، (وروىٰ الضحاك عن ابن عباس)[3] في قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، قال: أيمانهما، وكذلك روي عن الحسن وإبراهيم[4].

ولا خلاف في أن القطع يبتدأ به في اليمنىٰ، وهذا إذا كانت اليسرىٰ صحيحةً والرِّجلُ اليمنىٰ صحيحةً يمكن الانتفاع بها إذا قطعت اليد اليمنىٰ، فإن كانت اليمنىٰ متىٰ قطعت لم ينتفع بيده اليسرىٰ، أو لم ينتفع برجله اليمنىٰ [بشيءٍ دخلها قبل قطع اليمنىٰ يمنع الانتفاع بها أو أكثره، لم يقطع].

قال أصحابنا: إذا كانت اليد اليسرىٰ مقطوعةً، أو شَلَّاء، أو مقطوعٌ منها الإبهام، أو أصبعٌ غير الإبهام، لم تقطع اليمنىٰ؛ لأنها متىٰ قطعت ـ واليسرىٰ علىٰ هذه الحال ـ بطل الانتفاع باليدين جميعًا، ومنفعة الجنس لا يجوز أن تستوفىٰ بالسرقة، كما لا يجوز أن تقطع اليدين.

وعلىٰ هذا، إذا كانت الرجل اليمنىٰ مقطوعةً، أو شلاء، أو بها عرجٌ يمنع المشي عليها، أو أكثره، لم يقطع الرجل اليسرىٰ؛ لأنها تبطل مشيه، فيؤدي ذلك إلىٰ إبطال منفعة الجنس[5].

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) رواه البيهقي في الكبرىٰ (١٧٠٢٤) من طريق مجاهد عن ابن مسعود، وقال البيهقي: «هذا منقطع».

(٣) في ب (وكذلك روي عن الحسن).

(٤) رواية إبراهيم عند البيهقي في الكبرىٰ (١٧٠٢٤).
انظر تفسير الآية: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص٥٤٠.

(٥) انظر: البدائع ٨٧/٧.

وقد استدل [أبو الحسن] على ذلك بعدول الأمة عن قطع اليسرى إذا كانت اليمنى مقطوعة إلى الرِّجْل [اليسرى] ، فلو كان القطع متعلقًا باليسرى ، لم يعدلوا عنها ، وهي منصوص عليها بقوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيمانهما﴾ بعموم الآية في غير قراءة ابن مسعود(١) ، إلى [ما لم ينصّ](٢) عليه.

ولأن قطع الرجل اليسرى أخفّ ضررًا على السارق من قطع يده اليسرى ، أو رجله اليمنى ؛ لأن قطع اليسرى يذهب بمنافع اليدين جميعًا ، وقطع الرجل اليمنى يمنع المشي كله ، ومع قطع الرجل اليسرى بعد يمناه ما ينتفع ببعض منافع يديه ، وببعض منافع رجله.

ولهذا عدل إلى قطع الرجل اليسرى ؛ ولهذه العلة لمّا أوجب الله تعالى في المحارب من قطع اليد والرجل ، قطعت اليد اليمنى ، والرجل اليسرى في دفعة واحدة.

ولا قطع عندنا في اليد اليسرى على حال ، وإنما تقطع اليد اليمنى ابتداءً ثم الرجل اليسرى ، ثم يعزّر بعد ذلك ويحبس.

وقال الشافعي: في المرة الثالثة تقطع يده اليسرى(٣).

وقد روى عبد الله بن سلمة: أن عليًا رضوان الله عليه أتي بسارق ، فقطع يده ، ثم أتي به الثانية قد سرق ، فقطع رجله ، ثم أتي الثالثة قد سرق ، قال: اقطعه ؟

---

(١) في ب (قراءة عبد الله).

(٢) في أ (ما مضى) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة.

(٣) «فإذا سرق الرابعة: قطعت رجله اليمنى من مفصل الكعب... ، وإن سرق الخامسة: عُزر وحبس». مختصر المزني ص ٢٦٤. انظر: المنهاج ص٥١٠ ؛ رحمة الأمة ص٢٣٧.

إن قطعت يده بأي شيء يأكل، بأي شيءٍ يتمسح، وإن قطعت رجله، بأي شيءٍ يمشي، إني لأستحي من الله، فضربه بخشبةٍ وحبسه[1].

وروى عبد الرحمن بن عابد قال: أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجل أقطع اليد والرجل قد سرق، يقال له: سدوم، فأراد أن يقطعه، فقال له علي رضوان الله عليه: إنما عليه قطع يدٍ ورجلٍ، فحبسه عمر، ولم يقطعه[2].

ولأن استيفاء منفعة الجنس لا يجوز في السرقة كالقتل؛ ولأن السرقة إذا تكررت ضعف حكمها؛ ولهذا لا يستوفى بها في المرة الخامسة شيءٌ من الأطراف، فإذا لم يجب قطع اليد اليسرى في المرة الثانية، ففي الثالثة أولى.

قال: وإذا سرق الرجل ويمناه شَلّاء، أو مقطوعة الإبهام أو الأصابع، فإنها تقطع؛ وذلك لأنها لو كانت كاملةً قطعت، فإذا كانت ناقصةً أولى؛ ولأن العدول عن اليد اليمنى في الدفعة الأولى لا يجوز، كما لو كانت صحيحةً.

قال: وإذا سرق بعد قطع يده ورجلهِ حُبسَ وضربَ؛ لأن القطع لما سقط فيما بيّنا لم يبق إلا الزجر بالضرب [والحبس، قال ابن رستم عن محمد: ينكل به ويستودع الحبس حتى يحدث توبةً، وهذا صحيحٌ؛ لأن الفعل] المنكر لا بدّ له من زجر، فإذا سقط الزجر بالقطع، لم يبق إلا الزجر بالحبس والضرب[3].



(١) رواه البيهقي في الكبرى (١٧٠٤٦)

(٢) رواه عبد الرزاق في المصنف (١٨٧٦٦)؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٠٤٥).

(٣) انظر: الأصل ٧/٢٢٧؛ مختصر القدوري ص٤٧٧ وما بعدها.

بَابُ
القدرِ الذي يقطعُ فيه السارِقُ



قال أصحابنا رحمهم الله: لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم، أو ما قيمته عشرة دراهم، وروي عن أبي هريرة وأبي سعيد أنهما قالا: لا تقطع اليد إلا فيما قيمته [أربعة دراهم][(١)]، وقال عكرمة: أربعة أو خمسة[(٢)]، وقال مالك: ثلاثة دراهم، وقال الشافعي: [٣٦٣/ب] ربع دينار[(٣)]، وحكىٰ محمد عن الحسن البصري: أنه يقطع في القليل والكثير، وهو قول الخوارج[(٤)].

وأما الدليل علىٰ تعلّق القطع بمقدارٍ مقدّرٍ؛ فلحديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو: أن رجلاً أتىٰ رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، كيف ترىٰ في حريسة الجبل؟ قال: «هي ومثلها والنكال، فإذا جمعها المراح ففيه قطع اليد فيما بلغ [ثمن] المجن»[(٥)].

وروي أن رجلاً من مُزينة سأل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل، فقال: «معها

(١) في أ (أربعين درهمًا)، والمثبت من ب، وهو الصواب في الرواية، وحديثهما عند ابن أبي شيبة (٢٨٠٩٥)؛ والبيهقي في الكبرىٰ (١٦٩٧٤).
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨٠٩٤).
(٣) الدرهم: قطعة نقدية من الفضة وزنها لدىٰ الحنيفة = ٣،١٢٥ غرامًا، وعند الجمهور = ٢،٩٧٥ غرامًا.
والدينار: نوع من النقود الذهبية، زنة الواحدة منها = ٢٠ قيرطاً = ٤،٢٥ غرامًا.
(٤) انظر أقوال الفقهاء: الأصل ٢٣٥/٧؛ الموطأ (١٥٧٢)؛ مختصر المزني ص٢٦٣؛ رحمة الأمة ص٢٣٤، ٢٣٥.
(٥) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ والترمذي (١٢٨٩)، وقال: «حسن».

حِذاؤها وسقاؤها، تَرِد الماء وتأكل الشجر، حتىٰ يأتي راعيها[1]»، وسئل عن الحريسة التي تؤخذ من مراعيها، فقال: «**ثمنها مرتين، وضربًا ونكالاً، وما أخذ من أعطانه، ففيه القطع إذا بلغ ثمن المِجَن**»[2].

وروىٰ هشام بن عروة، عن أبيه قال: «كانت لا تقطع علىٰ عهد رسول الله ﷺ إلا في ثمن المِجَنّ»[3]، فهذا يدلّ علىٰ أن القطع يتعلق بمقدَّرٍ.

وعن عائشة قالت: كان لا يقطع علىٰ عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافهِ[4].

ولأن الحدود تجب بالمقصود من كل نوع؛ ولهذا وجب حدّ الزنا بالوطء في الفرج، وحدّ القذف بالقذف بالزنا خاصّة، والقدر اليسير ليس بمقصودٍ بالسرقة، فلا يجب فيه القطع.

وإذا ثبت أن القطع لا يجبُ إلا في مقدّر، فالدليل علىٰ اعتبار العشرة: أن النبي ﷺ علّق القطع بالمِجَنِّ، فلا يخلو: إما أن يكون علّقه بمجن معيّن [معروفٍ]، أو بمجن مجهول، ولا يجوز أن يعلقه بمجهول؛ لاختلاف قِيَم المجان، وكلامه خرج مخرج البيان، ولا يجوز أن يبيّن بما ليس بمعلومٍ.

وقد روىٰ عطاء بن أبي رباح ومجاهد عن أيمن بن أم أيمن قال: كان قيمة

---

(١) في ب (باغيها).

(٢) أخرجه أحمد (٦٨٩١)، وهو الحديث قبله برواية أخرىٰ.
«والمِجَنّ: هو التُّرسُ؛ لأنه يواري حامله، أي: يستره، والميم زائدة، ويجمع علىٰ مَجَانّ». النهاية في غريب الحديث والأثر (جنن).

(٣) في المسند البخاري (٦٤١٠)؛ ومسلم (١٦٨٥) من هذا الطريق من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨١١٤).

المجن الذي يقطع فيه على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم[١] ، وكذلك قال ابن عباس[٢] ، وهذا بيانٌ منهما ؛ لأن القطع تعلّق بمجن معيّن.

وقد اختلف الصحابة في تقويمه ، فكلّ من أثبت الزيادة في القيمة أولى ، ألا ترى أن مَن استهلك عينًا فاختلفت الشهود في قيمتها ، كان شهادة من شهد بزيادة القيمة أولى ممن شهد بنقصانها ؛ ولأن مَن روي عنه أقل من عشرة قوَّم المجن مطلقًا ، ولم يقل[٣] على عهد رسول الله ﷺ ، وابن عباس وأيمن ذكرا القيمة على عهد رسول الله ﷺ ، وقد كان السلاح بعده كثيرًا ، فيجوز أن يكون نقصت قيمته.

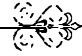
وقد روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا قطع في أقل من عشرة دراهم**»[٤] .

وروى ابن لهيعة ، عن عمرو بن شعيب قال: دخلت على سعيد بن المسيب ، فقلت: هؤلاء أصحابك عروة بن الزبير (ومحمد بن مسلم بن يسار)[٥] يقولان: إن ثمن المجن خمسة دراهم ، فقال: ليس لهم قولٌ ، أما هذا فقد مضت سنة رسول الله ﷺ عشرة دراهم[٦] .

وروى القاسم بن عبد الرحمن: أن عمر أُتي بسارق وسَرِقَتُه تبلغ قيمة ثمانية

---

(١) رواه النسائي (٤٩٤٨)
(٢) رواه أبو داود (٤٣٨٧) وهو مضطرب. انظر: فتح الباري (١٢/١٠٣)
(٣) في ب (ولم ينقل).
(٤) رواه الدارقطني في السنن (٣/١٩٢)
(٥) هكذا في أ وفي ب ، والصواب في الرواية: (ومحمد بن مسلم وابن يسار).
(٦) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٢٨١١٣)

دراهم، فلم يقطعه، وروي أنه أمر به أن يقطع، فقال له عثمان: ما يساوي سرقته عشرة دراهم، قال: فقوّمت، فبلغت خمسة دراهم، أو قال: ثمانية[(١)] دراهم، فلم يقطعه عمر رضي الله عنه[(٢)]، وهذا يدل من اتفاقهما على أن القطع مقدّر بعشرة دراهم.

ولأن ما لا يتقدر به أقل المهر، لا يتقدر به نصاب القطع، كما دون ربع دينار[(٣)]؛ ولأن كل مقدار اختلف في تعلق القطع به، لم يتعلق به القطع كاليسير.

وأما حديث الزهري، عن عمرة، عن عائشة: أن النبي ﷺ قال: «**القطع في ربع دينار**»[(٤)]، فحديث أنكره أهل العلم، وخالف الأثباتُ الثقاتُ ـ الزهريَّ في رفعه إلى النبي ﷺ، ووقفوه على عائشة.

ومنهم من أنكر أن تكون عائشة قالته على هذا اللفظ، يبيّن ذلك ما روي عنها أنها قالت: كان لا يقطع على عهد رسول الله ﷺ إلا في ثمن المجن، فكيف يجوز أن يكون معها قدرٌ مقدرٌ وتسكت عنه وروي فيه شيءٌ مختلف في تقويمه.

وقد روي عن يحيى بن سعيد أن عبد الرحمن بن القاسم سمع رجلاً يروي هذا الحديث عن عائشة عن النبي ﷺ، فأخذ كفًا من حصًا فأهوى به إليه وقال: إنما هو عن عائشة فقط[(٥)].

---

(١) في ب (ثلاثة).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٨٩٥٣)؛ والبيهقي (١٦٩٦٨).

(٣) والدينار: هو المثقال من الذهب والدينار بالاتفاق = (٤٫٢٥) غراماً. وربع دينار: ٤٫٢٥ ÷ ٤ = ١٫٠٦٢٥ غرام. كما في معجم لغة الفقهاء (المقادير).

(٤) أخرجه البخاري (٦٤٠٧)؛ ومسلم (١٦٨٤)

(٥) أجاب الشافعي على هذه الاعتراضات بعد روايته لحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعًا: «وبه نأخذ، وقال الشافعي: فأمّا ما ذهب إليه أبو حنيفة من الرواية عن النبي ﷺ التي تخالف هذا، فإنها ليست من=




٢٦٩٤ـ [فَصْل: صفة ما يقطع في السرقة من الدراهم]

وأما صفة الدراهم التي تعتبر منها عشرة دراهم، (فقد ذكر أبو الحسن: أنه يُعتبر عشرة دراهم)[(١)] مضروبة، هكذا رواه بشر بن الوليد عن أبي يوسف.

قال: وروىٰ ابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرًا قال: لا يقطع حتىٰ يكون قيمتها عشرة دراهم مضروبةً.

وروىٰ الحسن عن أبي حنيفة: في السارق إذا سرق عشرة دراهم فيما [يجوز] بين الناس، قطع، وهذا يقتضي أن يقطع في المضروبة وغير المضروبة إذا جازت بين الناس.

والوجه في ذلك: أن النصاب إذا تعلق بمبلغ من الدراهم، استوىٰ فيه المضروب وغير المضروب، كنصاب الزكاة؛ ولأن التقويم للمِجَنِّ لما وقع بعشرة، والدراهم التي تقومه بها هي التي يتعامل بها الناس، [والناس] يتعاملون بالصحاح وغيرها في سائر الأعصار.

وجه قولهما: أن التبر ناقص القيمة عن المضروب، فصار كالناقص من طريق الوزن؛ ولأنه [لما] احتمل أن يكون التقويم وقع بالصحاح، واحتمل

= وجه يثبت مثله لو انفرد، وأمّا ما روي عن عَلِيٍّ وابن مسعود ﷺ، فليست في أحد مع النبي ﷺ حجة، ولا أعلمه ثابتًا عن واحد منهما». ثم روىٰ عن أبي بكر وعائشة ﷺ ذلك. الأم ص ١٤٥٤، ١٤٥٥. فتنظر المسألة وأدلتها في المطولات.

(١) سقطت من ب.
ومقدار الدرهم عند الحنفية ٣، ١٢٥ جراماً، وعند الجمهور ٢، ٩٧٥ جراماً تقريباً. انظر: المكاييل والموازين الشرعية لعلي جمعة، ص١٩.

الصحاح وغيرها، لم يجز إثبات القطع بالشك.

وقد قالوا: يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة؛ لأن إطلاق الدراهم إنما يتناول ذلك؛ بدلالة نصاب الزكاة ومقادير الديات؛ ولأن الدراهم كانت على عهد رسول الله ﷺ صغارًا وكبارًا، فإذا جمع كل اثنين، كانا درهمين من وزن سبعة، فكان هذا هو الوَسَطُ من المقادير.

٢٦٩٥ـ [فَصْل: اعتبار كمال القيمة من وقت الأخذ إلى حال القطع]

قال: ولا يقطع السارق حتى يكون قيمة ما سرق يوم سرق: عشرة دراهم، ويوم يقطع عشرة، فتكون القيمة كذلك في الوقتين.

وجملة هذا: أن العين المسروقة إذا كانت كاملةً في وقت الأخذ، ثم نقصت بعد ذلك، فإما أن تنقص قيمتها أو عينها، فإن نقصت عينها لم يسقط القطع عن السارق في قولهم؛ لأن ما نقص من عينها بعد الأخذ مضمونٌ على السارق، والقطع يتعلق بالعين المسروقة إذا ثبت جميعها في ذمته بالاستهلاك، فكذلك إذا ثبت [بعضها](١) في ذمته.

وليس هذا كما لو نقصت العين(٢) في الحرز بفعله، أن النقص ثابت في ذمته، ولا قطع في العين؛ لأنه لم يفصل بين الحرز وبين ما في ذمته، فلم يفصل بين الحرز وبين عين كاملة، وإن كان الضمان تامًا(٣).

---

(١) في أ (بعينها)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٢) في ب (العشر).

(٣) في ب (ثابتاً).




وفي مسألتنا فصل بين الحرز وبين عين كاملة، فوجب ضمانها بعد ذلك في الذمة، أو وجوب بعضها لا يسقط القطع.

وأما إذا انتقصت من طريق السعر، فإن القطع يسقط.

وروي عن محمد: أنه لا يسقط [القطع]، وهو قول الشافعي [٣٦٤/أ].

لنا: أن نقصان السعر صفة للعين قد جعلت كالموجود في حال الأخذ؛ بدلالة سقوط ضمانها عن السارق، ولو كان هذا النقص موجودًا عند الأخذ، لم يجب القطع، فكذلك إذا صار (صفة السعر)[1] في حكم الموجود عند الأخذ.

وليس كذلك نقصان العين؛ لأن هذه الصفة لم تجعل كالموجودة في حال الأخذ؛ بدلالة أن ضمانها لا يسقط عن السارق، فلذلك لم تؤثر في إسقاط القطع.

قال: وإذا سرق في بلد، ووجد في بلد آخر القيمة فيه أنقص، لم يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعًا عشرة دراهم؛ وذلك لما بيّنا: أن كمال القيمة معتبرٌ من وقت الأخذ إلى حال القطع، فإذا نقصت في إحدى الحالتين، أو فيما بين ذلك، سقط القطع.

قال: فإن كان النقص لشيءٍ دخل في نفس العين بعد أخذها، قطع؛ وذلك لما بيّنا: أن نقصان العين يثبت في الذمة، فإذا حصل بعد الإخراج من الحرز لم يسقط القطع[2].

---

(١) في ب (صفة للعين).

(٢) انظر: الأصل ٢٢٨/٧؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٤٥/٦.

بَابُ
معرفةِ الحرزِ

(قال: والحِرْز[١] عند أصحابنا جميعًا)[٢]: ما يُبنىٰ للسكنىٰ وحفظ الأموال من الأمتعة وما في معناه.

وكذلك الفَسَاطِيْطُ، والمَضَارِبُ، والخِيَمُ التي يسكن الناس فيها ويحفظون أمتعتهم بها، وكل ذلك يكون حِرْزًا، وإن لم يكن فيه حافظ.

قال [الشيخ] أيده الله تعالىٰ: وجملة هذا: أن البقعة تكون حِرْزًا بأحد أمرين: إما بأن تكون مُعدَّةً للإحراز، كالدُّور والدكاكين، والخِيَم والفساطيط، والخزائن والصناديق، أو تكون البقعة حرزًا بالحافظ، كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه.

فإذا كانت البقعة في نفسها حِرْزًا، لم يحتج في وجوب القطع إلىٰ حافظ؛ لأن الأخذ حصل من الحرز، وإن لم تكن في نفسها حرزًا، فلا بدّ من الحافظ؛ لأن ما فيها يصير محفوظًا بالجالس، فالأخذ منها أخذٌ من حرز.

والأصل في اعتبار الحرز في وجوب القطع: قوله ﷺ **في حريسة الجبل**: «فيها غرامة مثليها، وجلدات نكال، فإذا أواها المراح، ففيها القطع»[٣]، وقال ﷺ:

---

(١) «الحرز: الموضع الحصين»، وهو المكان الذي يحفظ فيه المال عادة، ويختلف باختلاف الشيء المُحْرَز. انظر: مختار الصحاح؛ المصباح (حرز).

(٢) في ب (قال أصحابنا جميعًا).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ والترمذي (١٢٨٩)، وقال: «حسن».

«لا قطع في ثمرٍ ولا كَثَرٍ[1]**، حتىٰ يؤويه الجرين، فإذا أواه المراحُ، ففيها القطع»**[2]، فدل علىٰ اعتبار الحرز في وجوب القطع.

ولأن الحدود تجب في المقصود من كل نوع، والمقصود في السرقة الأخذ من الحرز دون غيره، فيختص القطع به.

وإنما قلنا: إن البيوت والدور والخيم حرزٌ بغير حافظٍ؛ لقوله ﷺ: **«فإذا آواها المراح ففيها القطع»** فأوجب القطع بحكم الحرز، ولم يفصّل.

والدليل علىٰ أن البقعة التي لم تعد للحرز تكون حرزًا بالحافظ: ما روي أن صفوان نام في المسجد وتوسّد رداءه، فسرقه رجل من تحت رأسه، فقطعه رسول الله ﷺ[3].

وقال أصحابنا: إن ما كان حرزًا لنوع، فهو حرز لكل نوع، وجعلوا شَريحة البقال حرزًا للجوهر.

وقال الشافعي: (أعتبر)[4] في كلّ شيءٍ حرز مثله[5].

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأن البقال قد يحرز خلف شريحته الدراهم والدنانير، ويقصد بذلك إحرازها.

---

(١) «والكَثَرُ ـ بفتحتين ـ: جُمّار النخل، وقيل: طلعها». مختار الصحاح (كثر).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٣) لكن بلفظ «لا قطع في ثمر ولا كثر» فقط، دون الزيادة.

(٣) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ ابن ماجه (٢٥٩٥) قال في نصب الراية «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح» ٣/٣٦٩.

(٤) في ب (الحرز).

(٥) انظر: مختصر المزني ص٢٦٣؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٣٥.

ولهذا المعنىٰ قال أصحابنا: لا قطع علىٰ النباش؛ لأن القبر ليس بحرزٍ [لغير] الكفن، فلم يكن حرزًا للكفن.

قال: وسواء سرق من ذلك وهو مفتوح الباب، أو لا باب له إذا حجز بالبناء؛ لأن الدار يقصد بها الإحراز وإن فتح بابها، فإذا قصد بها الإحراز تعلق بهتكها[١] القطع.

فأما المكان الذي لم يوضع للحرز، فيعتبر فيه الحافظ علىٰ ما بيّنا، إذا كان الحافظ قريبًا منه في مكان يمكنه حفظه؛ لأنه إذا بَعُد[٢] فليسَ بحافظٍ، فلم يصر ما في الموضع محرزًا.

قال: وسواء كان الحافظ نائمًا في ذلك المكان، أو مستيقظًا؛ لأن الإنسان يقصد الحفظ في الحالين؛ ولأن صفوان كان نائمًا، فقطع النبي ﷺ سارق الرداء منه.

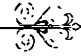
قال: وما ذكرت لك أنه محرزٌ بالأبنية وإن لم يكن له حافظ، فإنه إذا أذن في دخوله فسرق هذا المأذون له في الدخول شيئًا منه، لم[٣] يقطع، فلا يكون حرزًا منه علىٰ وجهٍ من الوجوه وإن كان فيه حافظٌ لما فيه، أو كان صاحب المنزل نائمًا علىٰ شيء منه؛ وذلك لأن المأذون له في دخول الحرز قد خرج [الحرز] من أن يكون حرزًا في حقه بالإذن له في الدخول، والأخذ من غير حرز، لا قطع [عليه].

---

(١) في ب (بمن هتكها).

(٢) في ب (إذا تعذر).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

ولأنه إذا صار في حكم أهل الدار بالإذن، فهو خائنٌ فيما يأخذ، وقد قال ﷺ: «**لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن**»[1]، وكذلك إن سرق في بعض بيوت [الدار] المأذون في دخولها وهو مقفل، أو من صندوق في الدار، أو بعض البيوت وهو مقفلٌ عليه إذا كان البيت من جملة الدار المأذون فيها؛ لأن الدار الواحدة حرزٌ واحدٌ، وقد خرجت بالإذن في حقّه من جملة الحرز، فكذلك بيوتها.

والذي روي أن أسودًا بات عند أبي بكر الصديق، فسرق حليًا لهم، فقطعه[2]، فيجوز أن يكون سرق من دار النساء، والداران المختلفان إذا أُذِن له في دخول أحدهما، لم يسقط عنه القطع فيما يأخذ من الأخرى.

قال: فأما ما كان من هذه الأبنية، يدخل إليه بلا إذن، يأذن[3] فيه إذا شاء، ويمنع منه إذا شاء، فإن هذا البناء والصحراء والبرية بمنزلةٍ واحدةٍ، سواءٌ كان محرزًا بحافظٍ يحفظ ما فيه، نائمًا أو يقظانًا، إذا كان بمكانٍ يحفظ (في مثله المسروق.

وهذا الضرب مثل المساجد؛ وذلك لأنه ليس لأحدٍ حق المنع من المساجد)[4] والطرقات، فلا تكون حرزًا إلا بالحافظ.

قال الفضل بن غانم: سمعت أبا يوسف قال في رجل كان في حَمَّام أو خان، وثيابه تحت رأسه، فسرقها سارق، قال: لا قطع عليه، وكذلك إن لم يكن

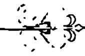
---

(١) أخرجه النسائي (٤٩٧٢)؛ والترمذي (١٤٤٨)؛ وقال: «حسن صحيح».

(٢) عبد الرزاق (١٨٧٦٩).

(٣) في ب (في دار يأذن)، بزيادة (في دار)، والسياق لا يقتضيها.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

نائمًا وكان يقظانًا، وإن كان في صحراء وثوبه تحت رأسه، قطعته.

وقال ابن رستم عن محمد: في رجل سرق من حمام [من] رجل وهو معه في الحمام، أو سرق [من] رجل وهو معه في سفينة، أو نزل قوم في [خانٍ][(١)] فسرق بعضهم من بعضٍ، فلا قطع على السارق، وكذلك الحانوت؛ وذلك لأن الحَمَّامَ والحانوت حرز بأنفسهما، فإذا أذن للآدمي في دخولها، خرجت من أن تكون حرزًا، فلم يجب القطع وإن كان عندهما حافظ؛ لأن ما كان حرزًا بنفسه، [فلا يصير أن يكون][(٢)] حرزًا بالحافظ، إذا سقط حكم الحافظ، بقي الحرز بالحمام والبيت، والإذن في الدخول يسقط القطع.

ولهذا قالوا فيمن سرق من الحمام ليلاً: إنه يقطع؛ لأنه لم يؤذن للناس في دخوله ليلاً، فأما المسجد والصحراء وإن كان مأذونًا في الدخول [فيهما]، فليستا حرزًا بأنفسهما، وإنما تصيرا حرزًا بالحافظ، ولم يوجد من الحافظ إذن، فلم يبطل معنى الحرز؛ فلذلك وجب القطع.

وقد قال: في السارق من المسجد لما عنده حافظ يُقطع [٣٦٤/ب] وإن لم يخرج من المسجد؛ لأن البقعة التي فيها الحافظ بنفسها هي الحرز لا المسجد، فإذا انفصل [منها]، فقد بان عن الحرز فقُطع.

وأما الدار فبناؤها هو الحرز، فما لم يخرج منها لم يلزمه القطع.

وقال ابن رستم عن محمد: لو سرق رجل من حانوت في السوق، [فتحه

---

(١) في أ (دار)، والمثبت من ب. «والخَانُ: ما ينزله المسافرون، والجمع: خانات»، وهو ما يعرف بالفندق. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط (خان).

(٢) في أ (فلا يجوز أن يصير) والمثبت من ج.




ربّ الحانوت] وقعد فيه للبيع، وأذن للناس في دخوله، لم يقطع السارق منه.

وكذلك لو سرق منه وهو مغلق على شيءٍ [لم يفتحه]، لم يقطع السارق؛ وذلك لأنه لما أذن في دخول الحانوت، أخرجه من أن يكون حرزًا، فلم يقطع وإن أخذ من بيتٍ منه، وكذلك لو كان فيه صندوق مقفل، فسرق منه؛ لأن الموضع ليس بحرزٍ في حقه لمكان الإذن.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجلٍ بأرضٍ فلاةٍ معه جوالق، وضعه ونام عنده يحفظه، فسرق منه رجلٌ شيئًا، أو سرق الجوالق، فإني أقطعه؛ وذلك لأن الجوالق محرزٌ بالحافظ، فسواءٌ أخذ جميعه أو أخذ بعضه.

قال: وكذلك أقطعه إذا سرق فسطاطًا ملفوفًا قد وضعه رجل ونام عنده يحفظه؛ وذلك لأن الفسطاط [الموضوع محفوظٌ بالحافظ، فقد أخذ من حرزٍ.

فإن كان فسطاطًا مضروبًا، وفيه رجلٌ نائمٌ، فإني لا أقطع سارقه؛ وذلك لأنّ الفسطاط] حرزٌ في نفسه، [من أخذه] فقد أخذ نفس الحرز، ونفس الحرز ليس في الحرز، فسارقه كسارق باب الدار.

وليس كذلك إذا كان ملفوفًا؛ لأنه خرج من أن يكون حرزًا، فصار محرزًا بالحافظ، فوجب فيها القطع، كالباب المقلوع إذا كان في الدار، فسرقه سارقٌ(١).



(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٠ ـ ٣٩٢؛ مختصر القدوري ص٤٨١، ٤٨٢.

بَابُ
كيف يصحُّ الأخذُ من الحِرزِ

قال: وإذا دخل السارقُ حرزًا فأخذ منه متاعًا، فحمله أو لم يحمله حتىٰ عثر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرجه، فلا قطع عليه في قولهم؛ وذلك لأن القطع يجب بإخراج المال من الحرز؛ لأنه المقصودُ، وهذا النوع من الحدود إذا وجبت، وجبت بالمقصود؛ ولأن غرض السارق ليس هو ثبوت يده علىٰ المال، وإنما غرضه إخراج المال [من الحرز]، فما لم يفعل ذلك، لم يوجد الغرض بالفعل، فلا يتعلق به الحدّ.

قال: وإن رمىٰ به خارجَ الحرز ثم ظُهِر عليه قبل أن يخرجَ هو من الحرز، فلا قطع عليه؛ لأنه لما ألقاه ثم ظُهِر عليه، فلم تثبت يده عليه عند الخروج من الحرز، والقطع يتعلق بثبوت يد السارق علىٰ المال عند انفصاله.

قال: وإن لم يظهر عليه حتىٰ خرج فأخذ ما كان رمىٰ به خارج الحرز، قطع في قولهم جميعًا[١]، وروي عن زفر أنه قال: لا قطع عليه.

لنا: أنه إذا ألقىٰ المتاع فيده ثابتةٌ عليه؛ بدلالة أن من ألقىٰ متاعه في الطريق فهو في حكم يده ما لم تثبت عليه يدٌ أخرىٰ، وإذا خرج من الحرز والمسروق في يده من طريق الحكم، وجب عليه القطع، كما لو كان في يده من طريق المشاهدة.

ولهذا [المعنىٰ] قال أبو حنيفة: إن من وجد لُقَطَةً في الطريق فأخذها ثم

(١) في ب (قطع في قولهم، وهذا قول أصحابنا).




ردها إلىٰ مكانها برئ منها؛ لأنه جعل تلك البقعة كيد المالك في باب جواز الردّ[1] إليها.

وجه قول زفر: أنه انفصل من الحرز، وليس المال في يده، فصار كما لو ناوله غيره.

قال: فإن كان رمىٰ به إلىٰ صاحبٍ له خارج الحرز، فأخذه الذي رمىٰ به إليه، فلا قطع علىٰ واحدٍ منهما.

أما الخارج؛ فلأنه لم يهتك الحرز، فلا يلزمه قطعٌ، وأما الداخل؛ فلأنه خرج والمال ليس في يده، ألا ترىٰ أن ثبوت يد الخارج علىٰ المال يزيل يد الداخل عنه؛ فلذلك لم يلزمه قطعٌ.

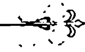
قال: فإن كان ناوله صاحبًا له، فناوله من وراء الجدار، فأخذه، ولم يخرج هو به، فإن أبا حنيفة قال: لا قطع علىٰ واحد منهما، وقال أبو يوسف ومحمد: يقطع الداخل ولا يقطع الخارج إذا كان الخارج لم يدخل يده إلىٰ الحرز.

أما أبو حنيفة فقال: إن الخارج لم يهتك حرمة الحرز الهتك المقصود، فلا يجب عليه قطعٌ، وأما الداخل، فقد زالت يده عن المال بثبوت اليد الثانية عليه، فانفصل من الحرز، ولا يد له فيه، فلا يقطع.

وجه قولهما: أن يد الثاني قائمةٌ مقام يد الأول في الإمساك، فكأنه خرج والشيء في يده.

قال: فإن كان الخارج أدخل يده إلىٰ الحرز فأخذها من الداخل، فلا قطع

(١) في ب (الأداء).

علىٰ واحد منهما في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: أقطعهما جميعًا.

لأبي حنيفة: أن الخارج لم يهتك الحرز الهتك المقصود في مثله؛ لأن هتك الدور يكون بدخولها، فلم يلزمه القطع، وأما الداخل، فقد انفصل من الحرز، ولا يد له علىٰ المال، فلا يقطع.

لأبي يوسف: أن إدخال اليد عنده يتعلق به القطع لو[1] لم يكن هناك متناول علىٰ ما سنبيّنه، فصار هو السارق، فيوجب عليه القطع، والآخر مناولٌ له في السرقة؛ لأن يده قائمةٌ مقام يده فيما ناوله، فقطع.

قال: ولو أن لصًّا نقب منزلاً لرجل، ثم أدخل يده فسرق سرقة تساوي عشرة دراهم، فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف في الإملاء: أقطعه ولا أبالي أدخل الحرز أو لم يدخل.

ولم يذكر محمد في الأصل ولا في الجامع الصغير في هذه المسألة خلافًا[2]، والخلاف في الإملاء.

وجه قولهما: ما روي عن علي عليه السلام أنه قال: «إذا كان اللص ظريفًا لم يقطع»، قيل له فكيف يكون ظريفًا؟ قال: «(يدخل يده إلىٰ الدار ويمكنه دخولها)[3]»[4]، [ولأنه لم يهتك الحرز الهتك المقصود في مثله، ألا ترىٰ أن الدور يمكن دخولها]، فذلك هو المقصود من هتكها، والحد إنما يعلق بالمقصود

(١) في ب (كما لو)، بزيادة (كما)، والسياق لا يقتضيها).

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٣.

(٣) في ب (يدخل إلىٰ الدار فيأخذ منها).

(٤) ذكره المناوي في فيض القدير (٤٩/١) ولكن عن عمر رضي الله عنه.

دون غيره.

وليس كذلك من أدخل يده في صندوق الصيرفي، فسرق منه؛ لأن ذلك الحرز لا يمكن هتكه بالدخول، فكان الهتك المقصود منه: إدخال اليد، فتعلق القطع به.

لأبي يوسف: أن هذا الفعل لما تعلق به وجوب القطع في بعض الأحراز، وهو صندوق الصيرفي والجوالق، تعلق بها في بقيتها.

قال: ولو أن لصوصًا دخلوا منزل رجل، فسرقوا سرقةً، فحملها منهم رجل أو رجلان حين أخرجوها من المنزل، فإنهم جميعًا يقطعون، ولا يُدرَأ عنهم الحدّ بحمل بعضهم دون بعضٍ، وكذلك قال أبو يوسف.

هذه رواية ابن رستم، والجامع الصغير والأصل من غير خلاف، وكذلك رواها علي ابن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، قال: والقياس أن لا يقطع إلا الذي أخرج المتاعَ(١).

وأما في الاستحسان: فإنهم يقطعون جميعًا.

وجه [٣٦٥/أ] القياس: أن الحامل للمتاع هو المباشر، والباقون مكّنوه من الفعل، والحدّ يجب على المباشر دون المعين والممكِّن، كحدّ الزنا والشرب.

وجه الاستحسان ما بيّنا: أن الحدود تتعلق بالمقصود من كل نوعٍ، ومقصود السرّاق ليس هو الحمل، وإنما هو التمكين وهتك الحرز؛ بدلالة أن الحمل ينفرد به أصاغرهم دون أكابرهم، والحد يجب بحصول المقصود من النوع.

---

(١) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٤.

وليس كذلك حد الزنا والشرب ؛ [لأن المقصود منهما ليس هو التمكين ، إنما المقصود منهما الفعل ، فوجب الحدّ على الفاعل] ، ولأن الحامل من جملة السّرّاق وحاملٌ لهم ، فكأنهم حملوا المتاع على حمارٍ وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ، وجب القطع عليهم جميعًا ؛ ولأن هذا حكمٌ يتعلّق بأخذ مالٍ يحتاج فيه إلى المعاونة في الغالب ، فاستوفى فيه المعين والمباشر ، كالغنيمة.

وقال في الأصل: لو كانا اثنين ، فنقبا البيت ، ثم دخل أحدهما واستخرج المتاع ، فلما خرج به إلى السكّة ، حملاه جميعًا ، قال: إن عُرف الداخل بعينه قطع الداخل ، ودرأت الحدّ عن الآخر ، غير أني أعزّره ، وإن لم يعرف الداخل ، لم يقطع واحد منهما ، ويعزّران[1] ؛ وذلك لأن الداخل هو الذي فصل المتاع من الحرز ، فصار سارقًا والآخر إنما حمله بعد تمام الفعل ، فلم يجب عليه حدٌّ ، إلا أنه عاون على المعصية ، وذلك أمر منكرٌ لا حدّ فيه ، فيعزّر.

فإن لم يعرف الداخل منهما ، فلا حد على واحد منهما ؛ لأنه لم يتعين من وجب عليه الحد ، فلم يجز إيجابُ الحدّ على مجهولٍ ، ويعزّران ؛ لأن كلّ واحدٍ منهما فعل منكرًا لم يستوف الحدّ منه.

قال: ولو نقب بيت رجل ، فدخل عليه فكابره ليلاً حتى سرق منه متاعه ، والمتاع يساوي ألفًا أو أكثر ، فإنه يقطع ؛ وذلك لأن السارق هو أخذ المال من الحرز على طريق الاستخفاء ، فمن فعل هذا ليلاً فهو مستخفٍ من الناس ، وإن لم يستخف من المالك ؛ لأن الغوث لا يلحق بالليل ، فصار معنى السرقة موجودًا في فعله فقُطع.

---

(١) انظر: الأصل ٢٣٨/٧ ، ٢٣٩.

وليس كذلك إذا كابره في الطريق بالكوفة نهارًا؛ وذلك لأن هذا ليس باستخفاء، ألا ترىٰ أن الغوث يلحق في مثله، فلم يوجد معنىٰ السرقة فيه(١).

قال: ومن سرق تمرًا في نخل، أو شجرًا معلقًا فيه، فلا قطع عليه في قولهم جميعًا؛ لما روىٰ رافع بن خديج: أن النبي ﷺ (قال: «**لا قطع في ثمر ولا كثر، حتىٰ يؤويه الجرين**»(٢).

قال محمد: الثمر: ما كان في الشجر؛ ولأنه غير مستخفٍ في الشجر، فصار من جملة ما يسرع الفساد إليه، فلا يقطع فيه(٣).

ولا يقال: إن النبي ﷺ)(٤) أسقط القطع في الثمر؛ لأن ثمار المدينة غير محرزة؛ وذلك لأن عموم اللفظ يقتضي المحرز وغير المحرز.

قال: وإن جُدَّ من النخل والشجر، ثم جعل في الجرين، (ثم سرقه سارق، قطع؛ لقوله عليه السلام: «**لا قطع في ثمرٍ ولا كَثرٍ، حتىٰ يؤويه الجرين**)(٥)، **فإذا آواه الجرين وبلغ ثمن المِجنّ، ففيه القطع**»، وهذا محمول عندنا علىٰ أنه جُدَّ بعدما استحكم جفافه، وصار فيما يبقىٰ ولا يسرع الفساد إليه.

قال: وكذلك حنطة في سنبل لم تحصد؛ لأن الحنطة التي لم تحصد في حكم التمر المعلق؛ ولأنه لم يستحكم قبل الحصاد، وما لم يستحكم من الحبوب

---

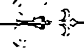
(١) انظر: الأصل ٧/٢٤٠.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٣) ولكن بلفظ «لا قطع في ثمر ولا كثر» فقط، دون الزيادة.

(٣) انظر: الأصل ٧/٢٢٩.

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

لم يكمل معنىٰ الماليّة فيه.

قال: وكذلك إن كان عليه حائط قد استوثقوا منه، وقد أحرزوه، فسرق ما يساوي عشرة دراهم، فلا قطع عليه [في شيءٍ من هذا؛ لما] بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا قطع في ثمرٍ ولا كثرٍ**»؛ وذلك لأن المعنىٰ الموجب لسقوط القطع، ليس هو عدم الحرز، وإنما هو عدم الاستحكام، ونقصان معنىٰ المال فيه، وإنما ذكر رسول الله ﷺ الجرين؛ لأن الثمار لا تحصل فيه[1] في العادة إلا بعد استحكامها.

وقال ابن رستم عن محمد: الثمر ما كان في رؤوس النخل، والكَثَر الجُمّار[2].

قال: ولو سرق من المرعىٰ شاةً، أو بعيرًا، أو بقرةً، لم يقطع، وإن سرقه من العطن[3] أو المراح الذي يأوي إليه، قطع؛ وذلك لقوله ﷺ: في حريسة الجبل: «غرامة مثليها، وجلدات نكال، فإذا آواها المراح وبلغت ثمن المجن ففيه القطع»[4]؛ ولأن المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ، وإنما تجعل للرعي، والأخذ من غير حرز لا يتعلق به القطع.

قال: ولو سرق النخلة بأصلها، والشجرة بأصلها من البستان، وهي تساوي عشرة دراهم، فلا قطع في شيء من هذا؛ وذلك لأن هذا يوجد جنسه مباحًا تافهًا في دار الإسلام، فلا يتعلق به قطع علىٰ ما سنبيّنه.

---

(١) في ب (إليه).

(٢) «وهو شحم النخل». مختار الصحاح (جمر).

(٣) «الأعطان والمعاطن: مَبارِك الإبل عند الماء، ومَرَابِض الغنم أيضاً، واحدها عطنٌ ومعطن». مختار الصحاح (عطن).

(٤) أبو داود (٤٣٩٠)، والنسائي (٤٩٥٩)، والترمذي (١٢٨٩)، وقال: «حسن».




وقد روىٰ حماد بن زيد، عن يحيىٰ بن سعيد، عن محمد بن حبان: أن غلامًا لعمه واسع بن حبان سرق وديًا من أرض جار له، فغرسه في أرضه، فرفع إلىٰ مروان، فأمر بقطعه، فأتىٰ مولاه فذكر ذلك له، فقال: لا قطع عليه، فقال: تعال معي إلىٰ مروان، فجاء به، فحدّثه أن رسول الله ﷺ قال: «**لا قطع في ثمر ولا كثر**»[1].

وقد روي أن رافع بن خديج روىٰ هذا الخبر لمروان، فأسقط عنه القطع.

فإذا لم يجب القطع في الودي ـ وهو صغار النخل ـ[2]، لم يجب في كباره.

قال: فإن حصد الحنطة، وحرز الثمر، وجعل ذلك في حظيرة عليها باب، فسرق رجل منها ما يساوي عشرة دراهم، قطع.

وإن سرق منها بعد أن حصدت أو حرزت، وهي في الصحراء أو ليس معها من يحفظها، فلا قطع عليه، وإن كان صاحبها نائمًا عليها يحفظها، قطع السارق؛ وذلك لأن الثمر ما لم يحرز، والحنطة ما لم تحصد، لم يجب القطع فيها لصفة فيها، فلا معتبر بالحرز، فإذا أحرزت بعد استحكامها، وحصدت الحنطة بعد استحكامها، فقد صارت علىٰ صفةٍ يتعلّق بها القطع.

وإن كانت محرزة بالمكان، أو الحافظ، قطع سارقها، وإلا لم يقطع لعدم الحرز.

قال: و[كذلك] المسافر بالصحراء يجمع متاعه ويبيت عليه[3]، فسرق منه

---

(١) رواه بهذا التفصيل مالك في الموطأ (٢/٨٣٩)، وأبو داود (٤٣٨٨)

(٢) انظر: مختار الصحاح (ودي).

(٣) في ب (ويثبت عليه).

ما يساوي عشرة دراهم، فإنه يقطع السارق؛ لأن الموضع صار حرزًا بالحافظ.

قال: وكذلك إن كان المتاع في جوالقَ على ظهر بعيرٍ، أو دابةٍ، فشقه فسرق منه ما يساوي عشرة دراهم، فإنه يقطع السارق؛ وذلك لأن الجوالق على ظهر البعير حرزٌ لما فيه، والأخذ من الحرز يوجب القطع.

قال: فإن سرق الجوالق كما هو، فلا قطع عليه، (وكذلك إن سرق الجمل مع الجوالق، فلا قطع عليه)[1]؛ لأن الحمل لا يوضع على الجمل للإحراز، وإنما يوضع عليه للحمل، فإذا أخذه فقد أخذ نفس الحرز، و[نفس الحرز] ليس في الحرز كمن سرق باب الدار.

وليس كذلك إذا شقّه فأخذ ما فيه؛ لأن ما فيه محرزٌ به، والأخذ من الحرز يتعلق به القطع[2].

قال: ولا قطع على النَّبَّاش فيما أخذ من القبر في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه سرق من غير حرزٍ؛ ولأنه لا مالك للكفن. [٣٦٥/ب]

وقال أبو يوسف: يقطع النبّاش، [وإليه ذهب الشافعي][3].

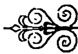
وجه قولهما: ما روي عن الزهري قال: أُخذ نبّاش في زمن مروان بالمدينة، فأجمع أصحاب رسول الله ﷺ وهم متوافرون: أن لا قطع عليه[4].

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: البدائع ٧٤/٧.

(٣) قال الشافعي: «ويقطع النباش إذا أخرج الكفن من جميع القبر؛ لأن هذا حرز مثله». مختصر المزني ص٢٦٤.

(٤) عبد الرزاق (١٨٨٧٥)، وابن أبي شيبة (٢٨٦١٣)




ولأن اسم السارق لا يتناوله، ألا ترىٰ أن العرب أفردته باسم، والحد إنما ورد في السارق، فلو ألحقنا به مَن لا يتناوله الاسم، أوجبنا الحد بالقياس، وهذا لا يجوز.

(ولأن الكفن ليس بمملوكٍ، ألا ترىٰ أن الميت لا ملك له، ولا يضاف إليه الكفن)[1]، ولا يجوز أن يكون علىٰ ملك الورثة؛ لأنه يستحق عليهم[2] كما يستحق الدين والوصية، وكما أن الدين إذا قضي، والوصية إذا نفذت، لم يبق علىٰ حكم ملكهم، فكذلك الكفن، وإذا لم يكن له مالكٌ معينٌ، صار كمال بيت المال.

ولأنه ليس بمحرزٍ، ألا ترىٰ أنه لو سرق من القبر الدراهم والدنانير، لم يقطع، وكل بقعة لو سرق منها الدراهم والدنانير لم يقطع، إذا سرق منها الثياب لم يقطع كالحمّام.

ولأن الكفن لا يقصد إحرازه في الأرض، ألا ترىٰ أن الثياب تبلىٰ في الأرض وتتلف، وإذا لم يقصد إحرازه، والسرقة من غير حرز لا يتعلق بها قطع.

وجه قول أبي يوسف: أنه أخذ مالاً من حرز مثله من غير شبهةٍ، كما لو أخذه من البيت.

قال: ولا قطع علىٰ مختلسٍ ولا منتهبٍ ولا خائنٍ؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا قطع علىٰ مختلس ولا منتهب ولا خائن**»[3]، وروي عن

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (لأنه غير مستحق).

(٣) أخرجه الترمذي (١٤٤٨)؛ والنسائي (٤٩٧٢)؛ وقال: «حسن صحيح».

علي رضوان الله عليه أنه سئل عن المختلس والمنتهب؟ فقال: «تلك الدعابة لا شيء فيها»(١)؛ ولأن اسم السارق لا يتناوله، فلم يجز أن يلحق بالنوع الذي ورد فيه الحدّ.

ولا [على] سارقٍ من ذوي الرَّحِمِ المَحْرَم، وقال الشافعي: يقطع السارق ممن لا ولاء بينه وبينه(٢).

لنا قوله تعالى: ﴿وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَن تَأۡكُلُواْ مِنۢ بُيُوتِكُمۡ﴾ الآية [النور: ٦١]، فأباح الأكل من هذه البيوت، فصارت الإباحة شبهةً في الدخول، فمنعت القطع.

ولا يقال: إنه في الآية قال: ﴿أَوۡ صَدِيقِكُمۡ﴾، والسارق من صديقه يقطع؛ لأنه إذا سرق منه، خرج من أن يكون صديقه، فلم يوجب عليه القطع مع وجود السبب المبيح، ومن سرق من أخيه لم يخرج من أن يكون أخاً له؛ لأن بينهما رحمًا كاملاً كالوالدين والولد.

ولأن من أصلنا: أنه يثبت له في ماله حقّ النفقة عند [الحاجة](٣)، كما يثبت للوالد في مال الولد.

قال: ولا قطع على زوج سرق من زوجته، ولا على امرأة سرقت من زوجها، وقال الشافعي: إن سرق أحدهما من الآخر من البيت الذي هما فيه، فلا

---

(١) عبد الرزاق (١٠/٢٠٨)، وابن أبي شيبة (٥/٥٢٨)

(٢) لكن قال الشافعي في الأم: «وإذا كان في بيت واحد ذو رحم أو غير ذي رحم، فسرق بعضهم من بعض، لم يقطع؛ لأنها خيانة». ص١٢٤٦.
وذكر العثماني: بأن من سرق من ذي رحم محرم، كالأخ، والعم، «ففي قول مالك والشافعي وأحمد: يقطعون». انظر: رحمة الأمة، ص ٢٣٦.

(٣) في أ (الحاكم)، والمثبت من ب، وهو المناسب في العبارة.




قطع، وإن سرق من بيت آخر قطع[1].

لنا: أن بينهما سبباً يوجب التوارث من غير حجبٍ، كالوالدين والولد[2]؛ ولأن كل واحد منهما له تبسط في مال الآخر في العادة[3]، كما ينبسط في مال الولد، فمنع ذلك من وجوب القطع.

قال: وكذلك إن كانت بانت منه، فسرق واحدٌ منهما من صاحبه، وهي في العدة من ثلاث تطليقات كانت تعتدّ، أو غير ذلك من العِدَدِ؛ وذلك لأن العِدَّةَ من أحكام النكاح، وأحكام النكاح [قد] أُجريت مجرىٰ نفس النكاح في بعض الأحكام[4]، والحدود تسقط بالشبهة، فصارت العدة شبهةً في سقوط القطع.

قال: ولا قطع علىٰ خادم القوم إن سرق من متاعهم، ولا ضيف سرق متاع من أضافه، ولا أجير سرق من موضع مأذونٍ له في دخوله؛ وكذلك إن كان في موضع لا يدخل إليه، إذا كان المتاع فيما هو مأذون له في التصرف فيه؛ وذلك لأن الإذن في دخول الحرز يخرجه من أن يكون حرزًا في حق المأذون له، والسارق من غير حرز لا يقطع[5].

فأما الأجير إذا أخذ المتاع المأذون له في أخذه، فالإذن له شبهةٌ في الأخذ، وذلك يسقط القطع؛ ولأن الإذن في التصرف في المال أكثر من الإذن في دخول الحرز.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٢٦٥.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) (في العادة) سقطت من ب.
(٤) في ب (النكاح)، لعله سبق قلم.
(٥) انظر: مختصر القدوري ص٤٨١.

قال: وإذا أجّر الرجل داره من رجل، فسرق المؤاجِر من المستأجر، أو المستأجر من المؤاجِر، وكل واحد منهما في منزلٍ علىٰ حدةٍ، فإنه يقطع السارق منهما، رواه علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

وقال في الأصل: في المؤاجر إذا سرق من المستأجر، قال: أما أنا فلست أرىٰ عليه قطعًا؛ لأن الدار له.

فإن كانت الدار عظيمةً، لها حُجَرٌ، وهو في حجرةٍ منها، وآجر حجرة أخرىٰ من رجل، ثم إن المستأجر نقب علىٰ رب الدار، قال: هو سواء، وأيهما سرق من صاحبه ما يجب فيه القطع، قطع، رواها علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، هكذا علىٰ لفظٍ واحدٍ.

وأما ما سرقه المستأجر من المؤاجر، ففيه القطع في قولهم إذا كان في بيتٍ منفردٍ؛ لأنه لا شبهة له في الحرز ولا في المال(١).

فأما ما سرق المُكرِي(٢) من المستأجر، ففيه القطع عند أبي حنيفة؛ لأن المستأجر أخصّ بالحرز من المالك، (ألا ترىٰ أن له أن يمنعه من دخوله)(٣)، فصار المؤاجر كالأجنبي.

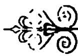
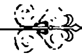
ولأن شبهته في الحرز أدون من شبهة السارق من المسجد، ألا ترىٰ أن له حقًا فيه، وليس لأحد منعه من دخوله، والمؤاجر مالكٌ، وهو ممنوعٌ من الدخول، فإذا كان حق السارق في المسجد لا يسقط القطع، فحق المؤاجر أولىٰ.

---

(١) انظر: الأصل ٧/٢٦١.

(٢) في ب (المؤاجر).

(٣) في ب (ألا ترىٰ أن الدار تمنعه من دخوله).

وجه قولهما: أن ملكه الحرز شبهةٌ في درء الحدّ، كمالك المال؛ ولأن الملك في الحرز أكبر من الإذن في دخوله، فإذا سقط الحد بالإذن في الدخول، فالملك أولىٰ.

قال: وإذا كان في الدار بيوتٌ، فدخلها سارقٌ وأخذ من بعض البيوت شيئًا قيمته عشرة دراهم، فأخرجه من البيت إلىٰ الدار، فلا قطع عليه حتىٰ يخرج السَّرْقَةَ من الدار إلىٰ خارجها؛ لأن الدار الواحدة حرزٌ واحدٌ وإن اختلفت بيوتها؛ ولهذا قالوا في المودَع إذا قيل له: احفظ في هذا البيت، فحفظ في بيت آخر، لم يضمن، ونَقْل المال من بعض مواضع الحرز إلىٰ بعض، لا يوجب القطع، ما لم يخرجه من الحرز[1].

قال: وإن كان في الدار [حُجْرٌ] ومقاصير، فسرق من مقصورةٍ منها، وخرج به إلىٰ صحن الدار، قطع؛ وذلك لأن المقاصير المختلفة كل واحدة منها حرز علىٰ حياله، فصارت كالدُّوْر في محلةٍ واحدةٍ، فإذا أخرجت السرقة من دارٍ منها إلىٰ دارٍ، وجب عليها[2] القطع، كذلك هذا. [٣٦٦/أ][3].



(١) انظر: الأصل ٢٦١/٧، ٢٦٢.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٢٥٤/٦ وما بعدها.

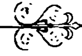
بَابُ
ما يكون في حكم سرقةٍ واحدةٍ، أو سرقاتٍ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا دخل الرجل دارًا[١]، فسرق من بيتٍ منها درهمًا، فأخرجه إلىٰ صحنها، ثم عاد فأخذ درهما من البيت، فأخرجه، فلم يزل يفعل ذلك حتىٰ أخذ عشرة دراهم، فهذه سرقةٌ واحدةٌ، فإذا أخرج العشرة من الدار قطع؛ وذلك لأن صحن الدار منها، فإخراج الشيء [إليه][٢] لا يكون سرقةً، وإنما السرقة إخراجه من الحرز، وقد أخرج من الحرز جملةً هي نصابٌ، فتعلق به القطع.

قال: ولو [كان] خرج في كلّ مرةٍ من الدار، ثم عاد حتىٰ فعل ذلك عشرة مرات، لم يقطع؛ لأنها سرقات؛ وذلك لأن كل خروج من الحرز غير الخروج الآخر، فلم يضم أحد الفعلين إلىٰ الآخر، فاعتبر بنفسه، وسرقة ما دون النصاب لا يتعلق به قطع.

قال: وكذلك جماعةٌ دخلوا دارًا، فأخرجوا من بيتٍ من بيوتها متاعاً مرةً بعد أخرىٰ[٣] إلىٰ صحن الدار، ثم أخرجوه منها جملةً واحدةً، قطعوا إذا كان ما أخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم، وإن كانوا يخرجونه متفرقًا في كل مرة، لا يخص ما أخرجوه [جملةً] في أحدىٰ المرات كلّ واحدٍ عشرة دراهم،

(١) في ب (دار الرجل).
(٢) في أ (منها)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.
(٣) في ب (بعد مرة).

فلا قطع عليهم[1] ؛ وذلك لأنهم إذا أخرجوه جملة ، فهي سرقة واحدة ، وإذا تفرق الإخراج ، فهي سرقات ، فكل واحدٍ منها معتبرٌ بنفسه.

وإنما قلنا: إن المعتبر في حال الاشتراك أن يخصَّ كل واحد منهم نصابٌ ، خلاف ما قال مالك: إن المشتركين في سرقة في نصابٍ واحدٍ ، يجب عليهم القطع ؛ لأن كلّ واحدٍ منهم سارقٌ لما دونَ النصاب ، فكأنه انفرد به [بذلك القدر] ؛ ولأن أخذ المال يتبعض ، ففعل كل واحد منهم في حال الاشتراك في قدر ما أصابه ، كفعله في حال انفراده[2].

وليس كذلك قتل الجماعة للواحد ؛ لأن القصاص يتعلق بإخراج الروح ، وهو معنىً لا يتبعض ، فكل واحد منهم كالفاعل لجميعه.

قال: وما أوجب القطع ، فإن السارق لا يضمن إذا قطع ، لا يجتمع ضمانٌ وقطعٌ.

وقال الشافعي: يقطع ، ويضمن ما استهلكه[3].

لنا: ما روي في حديث عبد الرحمن بن عوف: أن النبي ﷺ قال: «**إذا قطع السارق ، فلا غرم عليه**»[4] ؛ ولأن كل أخذ يستقرُّ به الضمان لا يتعلق بالبقاء عليه القطع ، أصله: أخذ الغاصب ، فلو أوجبنا الضمان بهذا الأخذ ، لم يجتمع معه القطع ، وقد استوفينا القطع ، فلم يجز إثبات ما ينافيه.

---

(١) في ب (فالقطع عليهم).

(٢) انظر: الموطأ ص٥٨٤ (دار الفكر).

(٣) انظر: مختصر المزني ص ٢٦٥ ؛ رحمة الأمة ص ٢٣٦.

(٤) أخرجه النسائي (٤٩٨٤) ، وإسناده منقطع. انظر نصب الراية (٣/٣٧٥)

فأما إذا كانت العين قائمةً، فإنها تردّ؛ لأن النبي ﷺ قطع سارق رداء صفوان، وردّ الرداء عليه؛ ولأن ردّ العين ليس فيه أمرٌ ينافي القطع، فجاز أن يجتمع معه، وفي إيجاب الضمان تمليك العين المضمونة، والملك ينافي القطع، فلم يجز إثباته مع ما ينافيه.

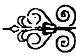
قال: فإن سقط القطع لشبهة، ضمن؛ وذلك لأن أخذ مال الغير إذا حصل [بغير][(١)] حقّ تعلّق به الضمان، وإنما سقطت المطالبة بالقطع، فإذا سقط القطع بقي الضمان على ما كان عليه.

وقال ابن سماعة عن محمد: لو أن رجلاً سرق من رجل تسعة دراهم من منزله، ثم أتى منزلاً له آخر، فسرق منه درهمًا أو تسعة، لم أقطعه؛ لأن هاتين سرقتان؛ وذلك لأن حرمة كلّ حرزٍ غير حرمة الحرز الآخر، فهتك أحد الحرزين بما لا يتعلّق به القطع، لا يعتد به في هتك الآخر، فبقي أن يعتبر كلّ حرزٍ بانفراده.

قال: ولو سرق عشرة دراهم لعشرة أنفس في موضع واحد، قطعته؛ لأنها سرقة واحدة، وهي تبلغ عشرة دراهم، وإن تفرق من يملكها؛ وذلك لأن كمال النصاب فيما يعتبر فيه النصاب يعتبر في حق من يجب عليه الحكم المتعلق بالنصاب، والموجب عليه هو السارق، وقد تم النصاب في حقه، فنقصانه في ملك [كلّ] واحدٍ من المسروق منهم لا يؤثّر؛ لأنه نقصانٌ [في] النصاب في حقّ من لا يتعلّق به الوجوب؛ ولهذا جعلنا الشركة في النصاب في الزكاة مؤثرةً؛ لأن النصاب نقص في حقّ من يتعلّق وجوب الزكاة به.

قال: وإن كان عشرة أنفس في دار، كلّ واحدٍ في بيتٍ على حدةٍ، فسرق

(١) في أ (به)، والمثبت من ب، وهو الصواب.




من كلّ واحدٍ منهم درهمًا، قطعته، يعني: ثم خرج بالجميع من الدار؛ لأن الدار حرز واحد، وقد خرج منها بنصاب كامل، والشركة في النصاب لا معتبر بها، فوجب عليه القطع.

قال: ولو كانت حُجَرٌ كثيرةٌ في دارٍ عظيمةٍ، فسرق من كلّ حُجْرَةٍ أقلّ من عشرة دراهم، لم أقطعه؛ وذلك لأن كل حجرة حرزٌ بانفرادها [عن الأخرىٰ]، والسرقات إذا اختلفت، اعتبر كمال النصاب في كلّ واحدٍ منها.

و[قد] قال ابن رستم: قال محمد في عشرة أنفس سرقوا عشرة دراهم من رجلٍ واحدٍ، قال: لا يقطعون، ولو سرق واحدٌ من عشرةٍ، لكلّ واحدٍ منهم درهم، قطعته إذا كانت الدراهم مجتمعةً، وهذا علىٰ ما قدمنا: أن السرقة يعتبر فيها النصاب في حقّ السارق دون المسروق منه.

قال: ولو كان سرقها متفرقاً، من كل كيس درهمًا من عشرة أنفس، قطعته أيضًا إذا كان[1] قد أخذها من قبل أن يخرج من النقب؛ لأنه حرزٌ واحدٌ، فإذا انفصل عنه بنصابٍ مسروقٍ قطع.

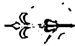
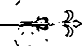
قال محمد: ولو سرق ثوبًا قيمته تسعة دراهم، فوضعه بإزاء البيت[2]، ثم دخل فأخذ ثوبًا آخر يساوي تسعة دراهم، فأخرجه، لم يقطع؛ لأنهما سرقتان، وهذا علىٰ ما بَيَّنَّا: أنه انفصل في كلّ مرةٍ من الحرز ومعه أقلّ من النصاب، وأحد السرقتين لا يضاف إلىٰ الآخر[3].

---

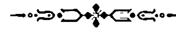
(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) وفي ب (في باب البيت).

(٣) انظر: الأصل ٢٣٨/٧ ـ ٢٤٠.

بَابُ
السارقِ يُحْدِثُ في السرقة قبل إخراجها ما يوجبُ الضمانَ عليه



قال: ولو أن لصًّا دخل منزل رجل، فأخذ منه ثوبًا، فخرَّقه في الدار، شقّه نصفين ثم أخرجه، وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقًا، فإنه يقطع في قول أبي حنيفة.

وهي رواية الجامع الصغير[١]، ورواية علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وهشام عن محمد عن أبي حنيفة، وابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة، وعمرو بن أبي عمرو [عن محمد] عن أبي حنيفة.

ويضمن السارق ما نقص الشقُّ الثوبَ، وهذا قول أبي يوسف في رواية ابن سماعة، وقول محمد مثل قول أبي حنيفة، لا أعلم عنه خلافًا.

قال الطحاوي: وقياس قول محمد: أن لا يقطع في شيء من ذلك.

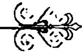
ورواية ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يقطع في الثوب. وقال أبو يوسف: لا يقطع استحسانًا[٢].

وجه رواية الأصول: [٣٦٦/ب] أنه لما شقَّ[٣] الثوبَ ثم أخرجه، وقيمته

(١) الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٤.

(٢) شرح مختصر الطحاوي ٦/٣١٢، ٣١٣.

(٣) في ب (سرق).

نصابٌ كاملٌ، فكأنه سرقه على هذه الصفة، (ووجوب الضمان عليه في الجزء المتلف)[1]، كإتلاف ثوب آخر في الحرز، ولو أن سارقًا استهلك في الحرز ثوبًا وأخرج ثوبًا قيمته عشرة دراهم، قطع، فكذلك هذا.

وجه الرواية الأخرى: أن الضمان قد وجب بشقه الثوب، وثبت للمالك حقّ التضمين، وذلك شبهةٌ في سقوط القطع[2]، وإنما جمع أبو حنيفة في الرواية المشهورة بين القطع وضمان الشق؛ لأنه إنما قطع في بقية الثوب، وألزمه الضمان في الجزء المتلف، والمعنى المانع من الضمان إنما يملك به النصاب، فيصير القطع في ملكه، وهذا المعنى لا يوجد إذا ضمن مقدار النصاب.

وقد قالوا: لو اختار صاحب الثوب أن يسلم الثوب إلى السارق ويلزمه قيمته، لم يقطع؛ لأنه تملكه بالضمان، فلا يقطع فيما هو على ملكه.

وقال ابن سماعة عن أبي حنيفة في السارق إذا خرق الثوب تخريقًا يصير به مستهلكًا، وقيمته بعد تخريقه عشرة، أنه لا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يقطع.

وذلك لأن الخرق إذا استهلك به الثوب، استقر الضمان، إلا أن يختار المالك البراءة منه، فلم يجز إيجاب القطع مع استقرار الضمان، والرواية التي ذكرها عن أبي يوسف تضاد الأولى؛ لأنه لم يقطعه في الخرق الذي لم[3] يستهلك، ففيما استهلك أولى.

(١) في ب (فوجب الضمان عليه كالحر المتلف).

(٢) في ب (في وجوب القطع).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

فأما إذا دخل الحرز، فذبح الشاة، ثم أخرجها، فلا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنها صارت لحمًا في الحرز، وسارق اللحم لا قطع عليه.

وعلىٰ قول أبي يوسف في الرواية المشهورة: يسقط القطع لعلتين: إحداهما: وجوب الضمان عليه بالذبح، كما قال في تخريق الثوب، والأخرىٰ: كونها لحمًا لا قطع فيه.

وأما علىٰ الرواية الأخرىٰ التي قال: إنه يقطع في اللحم، وفيما يسرع إليه الفساد، فإنه لا يقطع لعلةٍ واحدةٍ: وهي وجوب الضمان.

وقد ذكر محمد بن سماعة عن أبي يوسف قال: إذا كان اللحم يساوي عشرة دراهم قطعته، وهي علىٰ الرواية التي [قال] فيها: إذا شق الثوب، قطع فيه، فكذلك إذا ذبح الشاة، واللحم عنده مما يقطع فيه(١).

(١) انظر: الأصل ٧/٢٤٧، ٢٤٨.




بَابُ
السارقُ يُحدثُ في السرقة حدثًا بعد إخراجها من الحرز



قال: وإذا قطعت يَدُ السارق والسرقة قائمةٌ بعينها في يده، رُدّت علىٰ صاحبها ؛ وذلك لقوله ﷺ: «**علىٰ اليد ما أخذت حتىٰ تردّ**»[1]، وقوله: «**من وجد عين ماله فهو أحقّ به**»[2] ؛ ولأنه ﷺ ردّ رداء صفوان، وقطع السارق فيه.

قال: وكذلك إن كان السارق قد ملّكها رجلاً بوجهٍ من وجوه الملك: ببيعٍ، أو هبةٍ، أو صدقةٍ، أو تزوّج عليها، أو كان السارق امرأةً، فاختلعت بها.

وعلىٰ أي وجه ملّكها وهي قائمةٌ في يد المُمَلَّك، فهي تُرَدُّ علىٰ صاحبها، وهي علىٰ ملك المسروق لم يخرج منه، وتمليك السارق فيها باطل ؛ وذلك لأن القطع لا يوجب ملك [العين][3]، [فإذا ملّك ما لا يملك لم يصح تمليكه، فوجب ردّ العين.

قال: وكذلك لو فعل ذلك بعد القطع، فذلك كله باطلٌ ؛ لأن القطع لا يوجب ملك العين]، فتمليكها بعد القطع كتمليكها قبله.

فإن هلكت في يد المشتري، وقد كان البيع قبل القطع أو بعده، فلا ضمان علىٰ السارق ولا علىٰ القابض، روىٰ ذلك بشر وعلي عن أبي يوسف في مسألة

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٦١)، ؛ والترمذي (١٢٦٦) وقال: «حسن صحيح» ؛ وابن ماجه (٢٤٠٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣١) ؛ وابن ماجه (٢٣٣١).

(٣) في أ (الغير)، والمثبت من ب.

تاريخها عند بشر سنة ثمان وسبعين ومائة؛ وذلك لأن السارق إن ضمن تملّك الشيء[١] من وقت الأخذ، فوقع القطع فيما هو على ملكه، وذلك لا يجوز.

وأما المشتري، فلو ضمن، لرجع بالضمان على السارق، وقد بيّنا أن ضمان السارق لا يجوز، وكذلك لا يجوز تضمين من يَرجع عليه.

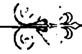
قال: ولو كان متاع المسروق قائمًا بعينه عند الغاصب، (وأراد السارق أن يُضمّنه، فأراد ربُّ المتاع أن يُضمّنه، فلا ضمان لواحدٍ منهما على الغاصب)[٢]، وهذا إنما يعني به: إذا كان المتاع قائمًا في يد الغاصب عند القطع وهلك بعده، فلا ضمان للسارق؛ لأنه ليس بمالك للعين، ولا ضمان للمالك؛ لأن العين صارت في حكم ما ليس بمتقوم؛ بدلالة أن السارق لو استهلكها بعد القطع لم يضمن في الرواية المشهورة، فلم [يتعلق][٣] على صاحبها ضمانٌ.

وقد كان الأولى أن يضمن الغاصب[٤]؛ لأنه لا يرجع بالضمان على السارق، فيؤدي ذلك إلى ما بيّنا في القطع، وليس يمتنع أن لا يجب الضمان على السارق ولو هلكت العين في يده، ويجب على الغاصب منه كالوديعة[٥].

وقال ابن رستم عن محمد: في السارق إذا استهلك المتاع بعد القطع، لم يكن عليه ضمان.

وقال الحسن في سياق روايته عن أبي حنيفة: إذا قُطِع والمتاع عنده، ثم

(١) في ب (السرقة).
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في أ (يتعين) والمثبت من ب.
(٤) في ب (أن لا يضمن الغاصب).
(٥) انظر: البدائع ٨٥/٧.

استهلكه [ببيعٍ أو هبةٍ]، ضمن قيمته، وإن هلك أو سرق، لم يكن عليه شيءٌ.

وجه الرواية الأولىٰ، وهي الأصح عندهم: أن الضمان بالاستهلاك يوجبُ ملك العين المسروقة بسبب سابق، فيؤدي إلىٰ إيجاب القطع فيما هو علىٰ ملكه.

وجه رواية الحسن: أن العين لم يملكها السارق بالقطع، وقبضه خرج من أن يتعلق به الضمان، فصارت العين كالأمانة، فإن هلكت لم يضمن، فإن استهلكها ضمن.

ولأنها ملكٌ للغير في يده؛ بدلالة أن الردّ واجبٌ، وملك الغير إذا استهلكه مستهلكٌ ضمنه.

قال: وإن وجد في يد غيره بهبةٍ من اللصِّ وهبها له، أو بيعٍ منه باعها إياه قبل القطع، ثم قطع، كان لصاحبه أن يأخذه، ويرجع المأخوذ علىٰ السارق بالثمن الذي كان اشترىٰ منه؛ وذلك لأن الرجوع لا يؤدي إلىٰ إيجاب الضمان علىٰ السارق، ألا ترىٰ أن المشتري لا يرجع عليه بالقيمة، وإنما يرجع عليه بالثمن الذي قبضه، فلم يكن في ذلك ما يؤدي إلىٰ تضمين السارق علىٰ وجهٍ ينافي القطع.

قال: وكذلك لو كان المشتري أو الموهوب له قد استهلكها، كان لصاحبها أن يُضَمِّنَهُ القيمةَ، ويرجع المشتري علىٰ [السارق][1] بالثمن؛ وذلك لأن إيجاب الضمان علىٰ المشتري من السارق لا يؤدي إلىٰ تضمين السارق العين، وإنما يرد الثمن الذي قبض، وهذا لا ينافي القطع.

---

(١) في أ (البائع) والمثبت من ب.

قال: ولو سرق ثوبًا فصبغه بعُصْفُرٍ، أو زَعْفَران، أو صبغٍ يكون زيادةً، أو قطعه وخاطه قميصًا، أو قِبَاءً، أو وجعله جُبَّةً وبطّنها، فكل ما كان من هذا لو [كان] غصبًا [في يديه] ففعل به مثل ذلك، لم يكن للمغصوب منه عليه سبيلٌ، وكان على الغاصب فيه(١) قيمته، وكان مما للمغصوب منه أن يأخذه ويعطي ما زاد الصبغ فيه، فإنه يقطع في ذلك كله في قول أبي حنيفة، [٣٦٧/أ] ولا ضمان على السارق، ولا سبيل للمسروق منه عليه.

فأما أبو يوسف ومحمد فقالا في النقصان كما قال أبو حنيفة، ولا يضمن السارق النقصان، والزيادة على وجهين: ما كان ليس للمغصوب عليه سبيلٌ، مثل الثوب يقطعه الغاصب ويخيطه، فهو كما قال أبو حنيفة، وما كان للمسروق منه أن يأخذه ويعطي الزيادة، مثل الصبغ، كان للمسروق منه أن يأخذه ويرد على السارق ما زاد الصبغ، ويقطع السارق، روى قول أبي يوسف [هذا] بشرٌ وعليٌّ.

قال أبو يوسف: هو استحسان، والقياس: ما قال أبو حنيفة.

وروى قولَ محمدٍ(٢) ابنُ سماعة.

وجملة هذا: أن ما يحدثه السارق في العين المسروقة على وجهين: إما أن يكون نقصانًا، أو زيادةً.

فإن كان نقصًا، قطع ولا ضمان عليه، وردت العين؛ وذلك لأن نقصان العين ليس بأكثر من هلاكها، ولو هلكت وجب القطع وسقط الضمان، فكذلك إذا هلك بعضها، وجب القطع، ولا ضمان.

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) هذه الكلمة ليست في ب.

وأما إذا اتصلت السرقة بالزيادة، فهو على وجهين: إن كانت تلك الزيادة تسقط حق المالك عن العين، كالقطع والخياطة، قطع السارق، ولا سبيل للمالك على العين في قولهم، ولا ضمان؛ لأن العين زالت عن ملك المسروق منه، والتضمين متعذّرٌ لأجل القطع، فصار ذلك كالاستهلاك.

وأما الزيادة التي لا تقطع حق المسروق منه عن العين، كالصبغ، فقال أبو حنيفة: يقطع السارق، ولا سبيل على العين المسروق منه.

وقال أبو يوسف ومحمد: يأخذ المسروق منه الثوب، ويعطي ما زاد الصبغ فيه.

وجه قول أبي حنيفة: أنه لا يخلو إما أن يضمنه الثوب، أو يرد الثوب ويضمن المالك الزيادة، ولا يجوز تضمين الثوب بعد القطع، ولو رددنا الثوب صار السارق شريكًا [فيه] بسببٍ متقدّمٍ على القطع، والشركة في العين المسروقة مسقطة للقطع ابتداءً، فإذا حصل القطع، لم يجز إثبات ما ينافيه.

وليس كذلك إذا صبغه السارق بعد القطع؛ لأن الشركة بعد القطع لا تسقط القطع[1]، كما لو باع المالك بعض الثوب من السارق.

وجه قولهما: أن المالك [في الصبغ] مخيّرٌ بين تضمين الثوب، وبين أخذه وضمان الزيادة، وقد تعذر تضمين الثوب بالقطع، ومن خيّر بين أمرين فتعذّر أحدهما، تعيّن الآخر.

قال أبو حنيفة: ولا يحل للسارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه؛ وذلك لأن

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

الثوب على ملك المسروق منه، وإنما تعذر الرد والتضمين من طريق الحكم، فلا يحل للسارق الانتفاع بما لم يملكه.

وكذلك في مسألة الثوب إذا خاطه، لا يحل له أن ينتفع به؛ لأنه ملكه بوجهٍ محظورٍ لم يؤدّ بدله.

وليس كذلك إذا لم يقض عليه بالردِّ أو بالضمان أبحنا له الانتفاع بالعين، كما قالوا في المُسلمِ إذا دخل دار الحرب بأمانٍ، فأخذ شيئًا من أموالهم، فهذا لم يحكم عليه بردّه، ولزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك البغاة إذا أتلفوا أموالنا، ثم رجعوا، لم يحكم عليهم بالضمان، قاضيناهم فيما بينهم وبين الله تعالى.

وقالوا: في الحربي إذا أخذ شيئًا من مالنا، ثم أسلم، لم يلزمه رده؛ لأنه ملكه [بالأخذ](١) ثم أسلم عليه.

قال ابن سماعة عن محمد: في السارق إذا قطعت يده في السرقة، وقد استهلكها، فإني آمره فيما بينه وبين الله تعالى أن يرد قيمة ما استهلك، وإن كنت لا أقضي عليه [بذلك](٢)؛ لأن القضاء يؤدي إلى إيجاب ما ينافي القطع، ولكنه يُفتى بالرد؛ لأنه أتلف مالاً محظورًا بغير حقٍّ.

قال: وكذلك قطاع الطريق إذا استهلكوا المال، ثم أقيم عليهم حدّ قطع الطريق، فإني أفتيهم برد قيمة ذلك أو مثله فيما يكون عليهم مثله؛ لأنهم استهلكوا ما ليس لهم، وهذا على ما بيّنا.

---

(١) في أ (بالرد)، والمثبت من ب، والسياق يقتضيه.
(٢) في أ (بعد ذلك)، والمثبت من ب.




قال: وكذلك قاطع الطريق إذا قتل رجلاً بِعَصًا[1]، فإني آمره أن يؤدي ديته إلىٰ وليه، يُفتىٰ بذلك إذا جاء تائبًا، وبطل الحدّ عنه؛ لأنه قتل نفسًا بغير حقٍّ.

قال: ولو قتل الحربي مسلمًا بَعَصًا، ثم أسلم، فإني لا أفتيه بدفع قيمة المقتول إلىٰ وليه؛ لأن القتل وقع غير موجبٍ للضمان، فلم يجب عليه بالإسلام[2].

فأما الباغي وقاطع الطريق [فعليهم الضمان؛ لأنّ] فعلهم وقع موجبًا للضمان؛ بدلالة أن الحدّ لو سقط ابتداءً بشبهةٍ، وجب الضمان، وإذا سقط الحكم به لأجل الحدّ، يُفتىٰ فيما بينه وبين الله تعالىٰ[3].

---

(١) (بعصا) هكذا في الموضعين.

(٢) في ب (فلم يجب بطرو الإسلام).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦/٢٨٣ وما بعدها.

بَابُ
ما يجبُ في سرقتِه القطعُ، وما لا يجبُ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: قد قدمنا الرواية عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا قطع في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ**»[1]، والثمر: ما في رؤوس النخل والشجر، ولا قطع فيه، ولا في حنطةٍ في سنبلها لم تحصد، وإن كان علىٰ ذلك حائطٌ قد استوثق منها، ومعها حافظٌ، فإنه لا يقطع فيه.

وهذا علىٰ ما قدمنا: أن الثمر علىٰ رؤوس النخل مما يسرع إليه الفساد، ولا يكمل معنىٰ المال فيه، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لا قطع في ثمرٍ معلق حتىٰ يؤويه الجرين**»[2]، والسنبل ما لم يُحصد في حكم الثمرة المعلقة؛ لاتصاله بأصله، ولا فرق بين المحرز وغير المحرز؛ لأن القطع سقط لمعنىٰ فيه.

قال: وكذلك إن سرق من الحائط نخلةً بأصلها فلا شيء فيه؛ لقوله ﵇: «**لا قطع في ثَمَرٍ ولا كَثَرٍ**»، وقد قيل في التفسير: إن الكَثَر: هو النخل الصغار؛ ولأن النخل يوجد أصله في دار الإسلام مباحًا تافهًا، فلا يقطع فيه.

قال: فإذا أحرز الثمر، وجعل في حظيرة وعليها بابٌ، أو حنطة قد حصدت، فجعلت في هذه الحظيرة، فإن سارقه يقطع.

وإن لم يكن معه من يحفظه، فلا قطع علىٰ من سرقه.

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٨٨)؛ والترمذي (١٤٤٩)؛ والنسائي (٤٩٦٠)؛ وابن ماجه (٢٥٩٣).

(٢) أخرجه أبو داود (١٧١٠)؛ والترمذي (١٢٨٩) وقال: «حديث حسن»؛ والنسائي (٤٩٥٩)؛ وابن ماجه (٢٥٩٦).




وإن كان صاحبه نائمًا عليه يحفظه، وكان محصورًا في [غير] حظيرةٍ، فإن سارقه يقطع، وهذا محمول علىٰ أن التمر حُرز بعدما استحكم، حتىٰ صار بحيث لا يلحقه الفساد، فكمل معنىٰ المال فيه، فإذا سرق من حرزٍ، قطع.

قال: وكذلك ما سرق من الغنم، والإبل، والبقر، والخيل من مراعيها، وإن كان الراعي معها، فلا قطع فيه في قولهم جميعًا، وإن كان يأوي بالليل إلىٰ حائط قد بُني لها، عليه بابٌ، ومعها حافظٌ، أو ليس معها أحدٌ غير أن الباب مغلقٌ، فكسر الباب ثم دخل، فسرق بقرةً قادها قودًا حتىٰ أخرجها، أو ساقها سوقًا حتىٰ أخرجها، أو ركبها حتىٰ أخرجها، فإنه يقطع؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه سُئل عن حريسة الجبل، فقال: «**غرامة** [٣٦٧/ب] **مثليها وجَلَدات نكال، فإذا آواها المراحُ وبلغت ثمن المجن، ففيها القطع**»[١]؛ ولأن المقصود بكون المواشي في المراعي ليس هو الحفظ، (وإنما المقصود الرعي)[٢]، وأخذ المال الذي ليس بمحفوظ لا يتعلّق به القطع[٣].

٢٦٩٦ - [فَصْل: فيما لا قطع فيها من الأشياء]

وجملة مسائل[٤] هذا الباب مبنيّةٌ علىٰ مسألتين:

إحداهما: سرقة ما يسرع إليه الفساد، فقال أبو حنيفة ومحمد: لا قطع فيما يسرع إليه الفساد: مثل الطعام، والرطب، والفاكهة الرطبة، والبقول.

---

(١) أبو داود (٤٣٩٠)، والنسائي (٤٩٥٩)، والترمذي (١٢٨٩)، وقال: «حسن».

(٢) سقطت من ب.

(٣) انظر: الأصل ٧/٢٤٥، ٢٤٧، ٢٤٨.

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

وروىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف أنه قال: يقطع في الطعام كله، رطبه ويابسه، وفي البقول كلها، وهي رواية الحسن بن زياد عنه.

وروىٰ ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه [قال]: لا قطع في الخبز، ولا في الثريد، ولا في الفاكهة التي لا تبقىٰ في أيدي الناس.

وجه قولهما: ما روىٰ الحسن: أن النبي ﷺ قال: «**لا قطع في طعام**»[1]؛ ولأن البقول وما في معناها تافهةٌ؛ بدليل أن القادر علىٰ أخذها يتركها مع القدرة [علىٰ أخذها]، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: كان لا يقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه[2].

ولأنها لما لم يبق نقص معنىٰ المال فيها، ونقصان معنىٰ المال كنقصان قدره، فيمنع من وجوب القطع؛ ولأن الحدود تجب في المقصود من كلّ نوعٍ، والمقصود من السرقة ليس هو ما لا يبقىٰ، فلم يتعلق به الحدّ.

وجه قول أبي يوسف: قوله ﷺ: «**لعن الله السارق، يسرقُ البيضة، فتقطع يده**»[3]؛ ولأنه مالٌ يباع ويشترىٰ كسائر الأموال.

وأما المسألة الثانية: فقال أبو حنيفة ومحمد: كلّ ما يوجد جنسه مباحًا تافهًا في دار الإسلام، لم يجب فيه القطع، وقال أبو يوسف: يقطع.

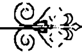
وجه قولهما: قوله ﷺ: «**لا قطع في ثمرٍ ولا كثرٍ**»، وقد قيل في الكثر: أنه

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٢٤٥)، من مرسل الحسن البصري؛ قال الزيلعي في نصب الراية: «وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود ولم يعله بغير الإرسال، وأقره ابن القطان» (٣/٣٦٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٨١١٤).

(٣) أخرجه البخاري (٦٤٠١)؛ ومسلم (١٦٨٧).

النخل الصغار، وقيل: الجُمّار[١]، والمعنىٰ فيه: أنه يُوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام.

ولأن الأغراض تختلف باختلاف المقادير، كما تختلف باختلاف الأجناس، فإذا كان في المقادير ما لا يقطع فيه، وجب أن يكون في أجناس الأموال ما لا يقطع فيه.

وجه قول أبي يوسف: أن هذا متموّلٌ يباع ويشترىٰ كسائر الأموال.

قال: ولا يقطع في طيرٍ، ولا في صيدٍ في برٍّ ولا بحرٍ، وحشيًا كان أو غيره، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد[٢].

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يقطع في كل شيء إلا الطين، والتراب، والسرقين.

قال أصحابنا: وكذلك يجب أن يكون الماء.

وجه قولهما: ما روىٰ الثوري عن جابر بن عبد الله الجهني قال: سرق رجلٌ دجاجةً، فرفع إلىٰ عمر بن عبد العزيز، فأراد أن يقطعه، فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: سمعت عثمان رضي الله عنه يقول: (لا قطع في الطير)، فتركه[٣]، وعن عليٍّ رضوان الله عليه مثله[٤]، وليس لهما مخالفٌ؛ ولأن جنسه يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام، فصار كالتراب.

---

(١) «والجُمّار ـ بالضم والتشديد ـ شحم النخل». مختار الصحاح (جمر).

(٢) انظر: الأصل ٧/٢٤٣.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٨٩٠٧)؛ وابن أبي شيبة (٢٨٦٠٨).

(٤) ابن أبي شيبة (٢٨٦٠٩)

وجه قول أبي يوسف: أنه متمول كسائر الأموال.

وقد روىٰ ابن سماعة، عن أبي يوسف، عن روح بن غطيف الثقفي، عن الزهري[١]: أن عثمان رضي الله عنه قال: لا قطع في طير. وأن عليًا رضي الله عنه قال: لا قطع في الطير.

قال: وكذلك ما صيد من الجوارح، فعُلِّم فصاد صيودًا، فلا قطع علىٰ سارقه، وهذا علىٰ ما بيَّنَّا: أن جنسه يوجد مباحًا تافهًا (في دار الإسلام.

وقال بشر عن أبي يوسف في الإملاء: قال أبو حنيفة: لا قطع في السمك، مملحًا كان أو طريًا؛ وذلك لأنه يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام)[٢]، ألا ترىٰ أن القادر عليه يترك أخذه مع القدرة علىٰ أخذه.

وكان يقطع في الفاكهة اليابسة التي تبقىٰ في أيدي الناس؛ لقوله عليه السلام: «**حتىٰ يؤويه الجرين**»، والجرين في العادة تنقل إليه الثمار بعد استحكامها.

قال: وروىٰ ابن رستم عن أبي حنيفة أنه قال: لا قطع في الفاكهة اليابسة، وأجراها مجرىٰ السمك؛ فلما لم يقطع في رطبها، لم يقطع في يابسها.

والصحيح من الرواية: وجوب القطع؛ لأن الفاكهة لا توجد مباحةً تافهةً، وإنما يسقط القطع في رطبها لأنها لا تبقىٰ.

وقال بِشر عن أبي يوسف: كان أبو حنيفة يقول: لا قطع في بقل ولا ريحان رطب، وكان يقطع في الحِنَّاء وما أشبه ذلك؛ لأن الحِنَّاء لا يُسرع إليه الفساد،

---

(١) (عن الزهري) سقطت من ب.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




فهو كالفاكهة اليابسة.

قال: ولا يقطع في شيء من الحطب والخشب، ما خلا الساج[1] والقَنا[2]؛ وذلك لأن جنس الخشب يوجد مباحًا في دار الإسلام تافهًا على الأصل الذي قدمنا.

فأما الساج، والقَنا، والأَبَنُوس[3]، والصندل[4]، فلا يوجد جنسه في دار الإسلام مباحًا، وإنما يوجد في دار الحرب، والإباحة في دار الحرب لا معتبر بها، ألا ترى أن جميع الأموال مباحةٌ هناك وإن وجب القطع فيها في دارنا.

قال: وإن صنع الخشب أو الحطب بابًا، أو إناء، قطعته؛ وذلك لأنه بالصنعة والتأليف خرج من حكم أصله، وصار في حكم جنس آخر، ألا ترى أن العمل غالبٌ عليه، وهو على هذه الصفة لا يوجد مباحًا، فتعلق به القطع.

وقال أبو يوسف: عن أبي حنيفة قال: لا قطع في اللحم؛ وذلك لأنه مما يُسرع إليه الفساد[5].

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا قطع في التراب، والطين، والجصّ، والنورة، والزرنيخ، واللِّبِن، والآجر، والفخار، والزجاج، وإن كان محرزًا.

---

(١) «ضربٌ من الشجر يعلوه الحمرة، وهو صلبٌ كالحجر، يكون في بلاد الهند». البحر الرائق (٥/٦١).

(٢) «القَنا: خشب الرماح». المصدر السابق نفسه.

(٣) خشب صلب جيد، شجره كقطعة حجر، على رأسه نبت أخضر. انظر اللطائف في اللغة لأحمد بن مصطفى الدمشقي (ص ٣٠٢)

(٤) «خشبٌ معروفٌ طيب الرائحة». حاشية ابن عابدين (٤/٩٠)

(٥) انظر: الأصل ٧/٢٤٢.

وروىٰ محمد عن أبي حنيفة: في الزجاج في الأصل.

وقال أبو يوسف: أقطع في ذلك كله ما خلا التراب، والسرجين، والطين.

وقال أبو يوسف عن أبي حنيفة: لا أقطع في شيء من الحجارة، والمغرة، والكحل، والملح، والقدور، والفخار، والزجاج؛ وذلك لأن جنس هذه الأشياء يوجد في دار الإسلام مباحًا تافهًا.

(فأما الفخار والآجُرُّ، فإنه من الطين، والصنعة غير غالبةٍ علىٰ قيمته، والطين لا يقطع فيه.

فأما الزجاج، فمن أصحابنا من يحمله علىٰ زجاج لم يعمل؛ لأنه من جنس الرمل، وذلك يوجد مباحًا تافهًا)[1]، فأما إذا عمل، ففيه القطع.

ومن أصحابنا من يُسَوِّي بينهما، وقال: لا قطع فيه؛ لأن معنىٰ المال فيه ناقص، ألا ترىٰ أن الكسر يسرع إليه، فصار في حكم ما لا يبقىٰ.

قال بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يقطع في الجوهر كله، وفي اللؤلؤ.

قال ابن سماعة عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: فأما الياقوت، والزمرد، والفيروزج، فإنه يقطع فيه إذا ساوىٰ عشرة دراهم؛ وذلك لأنه وإن وجد في دار الإسلام مباحًا، فلا يوجد تافهًا، ألا ترىٰ أن القادر علىٰ أخذه لا يتركه مع القدرة عليه، فصار كالذهب والفضة.

وقال: [٣٦٨/أ] في سارق الصليب الذهب والفضة، وهو محرز، لا قطع

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

عليه ؛ وذلك لأن الصليب مأذونٌ له في أخذه لكسره ، وكذلك الصنم من الذهب ، وإن كان له في الأخذ شبهةٌ ، لم يقطع فيه .

فأما الدراهم التي عليها التماثيل ، فيقطع فيها ؛ لأنها ليست معدّةً للعبادة ، فلا شبهة في أخذها .

وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : في ذِمِّيٍّ سرق من ذِمِّيٍّ[1] خمرًا ، لم يقطع فيه ؛ لأن معنىٰ المال فيها ناقصٌ ، ألا ترىٰ أنها مالٌ عندهم ، وليست بمالٍ عندنا ، ونقصان معنىٰ المال ينفي القطع .

فأما الصلبان والأصنام ، فلا قطع فيها لما قدمنا .

قال أبو يوسف في الصليب : إذا كان في مُصَلَّاهُمْ ، فلا قطع فيه ؛ لأنه بيتٌ مأذونٌ في دخوله ، وإن كان في يد رجل منهم محرزًا ، قطع فيه ؛ لأنه مال يباع ويشترىٰ .

وقال هشام عن محمد : فيمن سرق شطرنجًا ذهبًا ، [قال] : لا قطع فيه ؛ وذلك لأنه يتأول أخذه للكسر والمنع من اللعب به ، والشبهة إذا تمكّنت في الأخذ منعت من القطع .

وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : فيمن سرق صحفًا فيها شعرٌ أو عربيّةٌ أو حديثٌ ، فلا قطع فيه .

وقال أبو يوسف : إذا كانت الصحيفة تساوي عشرة دراهم ونحوه[2] ، قطعته فيها .

---

(١) (من ذمي) سقطت من ب .

(٢) في ب (إذا كان يساوي عشرة دراهم الكتابة) .

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن المقصود من المصحف ما فيه، وهو كلام الله تعالىٰ، وذلك ليس بمالٍ، والمقصود من السرقة إذا لم يجب فيه القطع، لم يتعلق القطع بغيره، كمن سرق صبيًا حرًّا عليه حليٌّ.

ولأن المصحف مختلفٌ في كونه مالاً، ألا ترىٰ أن من منع من بيع المصحف، أخرجه من أن يكون مالاً، وما اختلف في كونه مالاً لم يتعلّق به قطعٌ[1].

ولأنه مأذون في أخذها عند الحاجة، ألا ترىٰ أنه إذا احتاج إلىٰ تلقين[2] القرآن، لم يجز منعه منها، والإذن في الأخذ يمنع وجوب القطع، وعلىٰ هذا جميع الدفاتر؛ لأن المقصود ما فيها، وليس بمالٍ.

وأما دفاتر الحساب، ففيها القطع؛ لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ، وإنما المقصود الكاغد[3]، فإذا كان نصابًا، قطع فيه، وعلىٰ هذا الدفاتر البيضاء، يقطع فيها؛ لأنها هي المقصودة، وهي مالٌ.

وجه قول أبي يوسف: أن المصاحف مال [يباع و]يشترىٰ ويتمول، كسائر الأموال.

قال بِشر عن أبي يوسف: كان أبو حنيفة يقطع في الحبوب كلها، والأدهان، والطيب، والعود والمسك، وما أشبه ذلك؛ لأن هذا متموّلٌ ولا يسرع إليه الفساد، ولا يوجد جنسه مباحًا تافهًا [في دار الإسلام].

وقال: في الخل القطع، ولا أعلمه إلا قول أبي حنيفة؛ لأن الخل مما لا

(١) انظر: الأصل ٧/٢٤٢.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) «الكاغد: القرطاس، معرّب». القاموس المحيط (كغد).

يسرع إليه الفساد.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: إذا سرق قطنًا أو كتانًا، أو صوفًا، قطع ؛ لأن هذا متمولٌ لا يسرع إليه الفساد، ولا يوجد مباحًا تافهًا.

وقال في الأصل: إذا سرق حنطة، أو شعيراً، أو دقيقًا، أو سويقًا، أو سمنًا، أو تمرًا، أو زبيبًا، أو بذرًا، أو زيتًا، أو خَلًّا، قطع، وكذلك سائر الحبوب[1]، وسائر الأدهان، وسائر الأمتعة الملبوسة والمفروشة[2].

وكذلك جميع[3] الأواني من الحديد والصفر والشَّبَه[4] والرصاص والخشب، وجميع ما يصنع منه [من] الأواني والأبواب والظروف، مثل الصناديق، والنحوت، وغير ذلك من الآلة التي يتخذها الناس، والخشب والساج والأبنوس والعاج ؛ وذلك لأن هذا مال متموّلٌ لا يسرع إليه الفساد، ولا يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام.

وأما العاج، فنبيّنه من بَعدُ.

قال: وكذلك لو سرق النحاس، أو الشبَه[5]، أو الرصاص، أو الصفر، أو الحديد؛ وذلك لأن الصفر والحديد وإن وجد جنسه مباحًا، فلا يوجد تافهًا، وإنما يستخرج من المعادن، ويتعلق به حق الله تعالىٰ، كالذهب [والفضة].

---

(١) في ب (وكذلك جميع سائر الحبوب).

(٢) انظر: الأصل ٢٦٢/٧.

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٤) هو النحاس الأصفر. انظر القاموس المحيط (شبه).

(٥) في ب (وكذلك لو سرق النحاس نفسه).

قال: ولا قطع في بواري[(١)]؛ وذلك لأن القصب يوجد مباحًا تافهًا في دار الإسلام[(٢)]، فالصنعة الحاصلة فيه بالتأليف ليست غالبةً على أصله، فكأنه سرق قصبًا من غير تأليف.

وقال: ويقطع إذا سرق شعرًا من شعر الغنم، أو مِرعِزَّىٰ[(٣)]، أو أدمًا عربيًا، أو صحفًا، أو قراطيس، أو سكاكين، أو مقاريض، أو ميزانًا، (أو حرمًا، أو أرسابًا)[(٤)]، وهذا على ما قدمنا: أن كلّ متموّلٍ لا يوجد جنسه مباحًا ولا يسرع إليه الفساد، يتعلّق به القطع [إذا بلغ قيمته نصابًا].

وقال في الإملاء: في الزعفران، والوَرْس، والعود، والعنبر، والحِناء، والوسْمة، والكَتْم، وغير ذلك من الطِّيب القطع، وقد بيّنا هذا.

وقال ابن رستم عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: لا قطع في عفص[(٥)]، ولا إهلِيلَج[(٦)]، ولا أشنان[(٧)]، ولا في فحمٍ؛ وذلك لأن العفصَ والأشنان والفحم

(١) البواري: هو الحصير المعمول من القصب؛ ويقال فيها: بارية، وبورياء. انظر لسان العرب؛ مختار الصحاح (بور).

(٢) في ب (في دارنا).

(٣) «المرعزىٰ: بميم مكسورة وقد تفتح، فراء ساكنة، فمهملة مكسورة فزاي مشددة مفتوحة، فألف مقصورة وقد تمد مع تخفيف الزاي، وقد تحذف مع بقاء التشديد، الزغب الذي تحت شعر العنز». البحر الرائق (١/١٩٢).

(٤) هكذا في أ وغير واضحة في ب.

(٥) مادة تؤخذ من شجرة البلوط تستعمل في الصباغ. انظر: القاموس المحيط (عفص).

(٦) ثمر معروف، له منافع جمة ذكرها الأطباء في كتبهم. انظر: تاج العروس (هلج).

(٧) «شجرٌ من الفصيلة الرمرامية، ينبت في الأرض الرملية، يستعمل هو أو رماده في غسل الثياب والأيدي». المعجم الوسيط (١/١٩)

يوجد جنسه مباحًا تافهًا في دار الإسلام، فلا يقطع]، وأما الإهليلج، فلا يوجد جنسه مباحًا في دارنا[1]، ولا يسرع إليه الفساد، ففيه القطع.

ويجوز أن يكون أبو حنيفة ظن أنه يوجد في دار الإسلام، فأجراه مجرىٰ العفص، والحكم فيه يتبع هذا المعنىٰ.

وقد روىٰ بشر عن أبي يوسف أنه قال: أقطع في العفص، والإهليلج، والأدوية اليابسة كلها، وهذا علىٰ أصله.

وقال هشام: سألت محمدًا عن شطرنج ذهب سرقَهُ إنسان، قال: لا أقطعه، وأضمنه ذهبًا مثلها، يعني مثل وزنه، وقد بيّنا هذا.

[وقال: لا أقطع في الرُّخَام والحِجَارة والآجُرِّ والفَخَّار، وقد بيَّنَّاه].

قال: ولا أقطع في اللؤلؤ والياقوت، وهذا مخالف لما قدمنا، ووجهه: أن اللؤلؤ والياقوت يوجد مباحًا لا يتعلّق بأخذه شيءٌ، فصار كالصيد.

قال: ولا أقطع في العاج[2] ما لم يعمل منه شيءٌ، فإن عمل منه شيءٌ، قطعته فيه.

وكان أصحابنا يقولون: يجب أن لا يقطع في معمول العاج وغير معموله؛ لأنه مختلفٌ في كونه مالاً، ألا ترىٰ [أن] من الفقهاء من يمنع الانتفاع به، ومن جواز بيعه، فعلىٰ هذا يجبُ أن لا يقطع في معموله، إلا أن يكون أبو حنيفة لم يعرف هذا الخلاف فيعتدّ به.

---

(١) في ب (في دار الإسلام).

(٢) «العَاجُ: ناب الفيل، ولا يسمىٰ غير نابه عاجاً» المعجم الوجيز (عاج).




وكانوا يقولون: ينبغي أن يكون [هذا] الجواب في العاج الذي من عظام الجمال، فلا يقطع في غير معموله؛ لأنه يوجد مباحًا تافهًا، ويقطع في معموله؛ لأن الصنعة تغلب عليه، فيصير كالخشب إذا عمل.

وقال محمد: لا أقطع في طعامٍ لا يبقىٰ، ولا في اللحم الطري، ولا الصفيف[1].

وقال هشام: قلت لمحمد: اللحم المملح قد يبقىٰ، قال: لا أقطعه فيه؛ وذلك لأن اللحم الصفيف يسرع إليه الفساد، ولا يبقىٰ كبقاء الفواكه؛ ولأنه تافه؛ بدلالة أن القادر عليه يترك أخذه مع القدرة [عليه].

وقال هشام عن محمد: في جلود السباع [المدبوغة][2]، لا قطع فيها، فإن جعلت مصلياتٍ[3] أو بُسُطًا قطعته فيها، وهذا يدل علىٰ أنه لم يعرف الخلاف في أن جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ، وإذا لم يعتد بهذا الخلاف، فما لم تعمل فهي من أجزاء الصيد، فلا يقطع فيه، وإذا عملت، غلبت عليه الصناعة، فقطع فيها.

قال هشام: سمعت محمدًا يقول: ليس في الدجاج، ولا في البط، ولا الإوز، قطعٌ؛ [٣٦٨/ب] وهذا علىٰ ما بيَّنَّا من سقوط القطع في الطير.

قال محمد: لا أقطعه في قصب[4] النشاب، فإن اتُّخِذ نشابًا قطعته؛ وذلك

(١) «الصَّفيف: رقائق اللحم، تشوىٰ أو تقدد». (صفف) المعجم الوجيز
(٢) في أ (المذبوحة)، والمثبت من ب.
(٣) بياض في ب.
(٤) في ب (قضيب) وكذا في الموضع التالي.




لأن قصب النشاب يوجد مباحًا تافهًا ، فإن اتُّخِذ نشابًا ، غلبت عليه الصنعة ، فصار كالخشب إذا عمل.

وذكر في رواية الحسن عن زفر: أنه لا قطع في نبيذ تمر ، (أو نبيذ عنب)[1] ، أو نبيذ زبيب ، أو طلاء[2] مطبوخ ، أو سرق لبنًا ، فإنه لا يقطع ، وهو قول أبي حنيفة ، وبه يأخذ الحسن ؛ وذلك لأن النبيذ مختلف في إباحته ، فاختلف في كونه مالاً ، فلا يتعلق به قطع.

وأما اللبن ؛ فلأن الفساد يسرع إليه.

وقال بشر عن أبي يوسف في نوادره: قال أبو حنيفة: لا أقطع في القرون ، معمولةً كانت أو غير معمولةٍ.

وقال أبو يوسف: إن كانت معمولةً ، وهي تساوي عشرة دراهم قطعته ، ولا أقطعه إذا كانت غير معمولةٍ ، وهذا الخلاف يجب أن يكون لاختلاف السؤال ، فأجاب أبو حنيفة في قرون الميتة ؛ لأنها مختلفٌ في كونها مالاً ، فلا يجب فيها القطع ، وأجاب أبو يوسف على قرون المذكاة ، فلم يوجب فيه القطع ؛ لأنها من أجزاء الحيوان ، فأوجب في معمولها كما يجب في معمول الخشب[3].



(١) سقطت من ب.

(٢) في ب (أو نخلاً) ، والطلاء: «ما يطبخ من عصير العنب في نارٍ أو شمسٍ حتىٰ ذهب ثُلُثاه وبقي ثُلُثه ، وهو عصير محض ، فإن كان فيه شيء من الماء حتىٰ ذهب ثلثاه بقي المجموع من الماء والعصير». البحر الرائق (٨/٢٤٧)

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٦/٢٩٣ وما بعدها.

بَابُ
من لا يُقطع السارقُ فيه



قال: ولا قطع على سارق من ذي رَحمٍ مَحْرَمٍ [منه]، كائنًا من كان.

أما ما سرقه الوالد من الولد، فلا قطع فيه بالإجماع؛ لأن الأب له شبهة ملك في مال ولده؛ ولهذا قال ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**»[1]، وشبهة الملك تمنع من وجوب الحدّ.

ولأن مال الولد مضافٌ إلى الأب بأنه كَسْبه؛ بدلالة قوله عليه السلام: «**إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، وإن أولادكم من كسبكم، فكلوا من كسبكم**[2]»[3]، وما أضيف إليه بأنه كسبه، لم يقطع فيه كمال نفسه.

وأما ما سرق الولد من الوالد، (فلا قطع فيه؛ لأن بينهما ولادًا، فصار كسرقة الوالد من الولد)[4].

وأما من سواهما من ذوي الأرحام، فلا قطع على من سرق من ذي رَحِمٍ

---

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، (٤١٠)؛ موارد الظمآن (١٠٩٤)؛ ابن ماجه (٢٢٩١)؛ «ورواه أبو يعلى وفيه أبو حريز، وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان وضعفه أحمد وغيره، وبقية رجاله ثقات» كما قال الهيثمي في مجمع الزوائد ٤/١٥٤.

(٢) في ب (فكلوا من كسب أولادكم)، وكلاهما وردت به الرواية.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٢٩)؛ والترمذي (١٣٥٨) وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٤٤٤٩)؛ وابن ماجه (٢١٣٧).

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

مَحْرَمٍ؛ لأن بينهما رحمًا كاملاً، فصار كالوالدين[1]؛ ولأن بينهما تباسطًا في العادة، [وكذلك إذا سرق أحد الزوجين من الآخر؛ لأن بينهما سببًا يوجب التوارث] كما بين الوالد والولد، فصار كالوالدين.

قال: ولا على خادمٍ إذا سرق ممن يخدمه، ولا على خادم زوجةٍ إذا سرق من الزوج، [ولا على خادم الزوج إذا سرق من الزوجة]؛ لأنه مأذونٌ له في دخول الحرز.

ولأن رجلاً حمل عبدًا إلى عمر بن الخطاب، فقال: إن عبدي هذا سرق مرآةً لزوجتي، فقال عمر: عبدكم أخذ مالكم، فلا قطع عليه[2].

قال: ولا على من سرق من بيت المال، ولا من الخمس؛ وذلك لأن للسارق حقًا فيه، فصار كالسارق للمال المشترك.

قال: ومن سرق من ذي رحمٍ محرمٍ منه من الرضاع، قطع في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يقطع، إلّا أن تكون أمّه من الرضاعة[3].

وجه قولهما: أن الرضاع يوجب التحريم، ومجرد التحريم لا[4] يمنع القطع، كمن سرق من امرأة قد كان وطئ ابنتها؛ ولأن هذا السبب ـ وهو الأمومة

---

(١) في ب (كالأبوة والبنوة).

(٢) مالك في الموطأ ٢/٨٣٩؛ والدارقطني في السنن ٣/١٨٨؛ وابن أبي شيبة (٢٨٥٦٨)؛ والبيهقي في الكبرى (١٧٠٨٠).

(٣) في ب (إلا أن يكون سرق من أمه من الرضاعة).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

من الرضاع ـ لو منع القطع ، لمنعت الأخوة من الرضاع كالنسب .

لأبي يوسف: أن ابن المرأة من الرضاع له تبسطٌ في مالها في العادة ، فصار كالابن من النسب .

وأما الأخت من الرضاعة ، فلا يقع التبسط في منزلها ، فلذلك وجب القطع .

قال: ولا قطع علىٰ من سرق في دار الإسلام من [حربيٍّ مستأمنٍ][1] ، استحسانًا .

والقياس: أن يقطع ؛ لأن ماله محظورٌ بالأمان ، كالذِّمِّي .

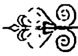
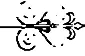
وجه الاستحسان: أن الحظر في ماله مؤقّتٌ ، والإباحة مؤجّلةٌ ، والتأجيل في الحقّ لا يمنع من ثبوته في الحال ، فإذا كان معنىٰ الإباحة قائمًا في المال ، منع من وجوب القطع .

وليس كذلك مال الذميّ ؛ لأنه محظورٌ علىٰ التأبيد كمال المسلم ؛ إلا أنّ الضمان واجبٌ في مال الحربيّ ؛ لأن السارق تناول في دار الإسلام مالاً محظورًا ، وإنما سقط القطع للشبهة ، والضمان لا يسقط بالشبهة .

قال: ولا قطع علىٰ رجلٍ سرق من عبده المأذون وعليه دينٌ يحيط به وبما في يده ، وهذا ظاهر علىٰ قول أبي يوسف ومحمد[2] ؛ لأنه مالك عندهما لما في يده .

فأما علىٰ قول أبي حنيفة: وإن كان لا يملك ، إلا أن المأذون[3] لا يملكه

(١) في أ (حربي أو مستأمن) ، بزيادة (أو) ، وسقطت من ب ، والسياق لا يقتضيها .
(٢) (ومحمد) ليست في ب .
(٣) في ب (لأن المأذون) .

أيضًا، والغرماء لا يملكون، وللمولىٰ حكم الملك؛ بدلالة أنه يقدر علىٰ تملكه بقضاء الدين، ولا يقدر الغرماء علىٰ تملكه باختيارهم[1]، فصار المولىٰ أقرب إلىٰ هذا المال، فلم يقطع فيه.

قال: ولا يقطع في سرقته من مُكاتَبِه؛ وذلك لأن ما في يد المُكاتَبِ موقوفٌ عليه وعلىٰ مولاه، والمال الذي يقف ملكه علىٰ الإنسان، لا يقطع فيه، كأحد المتبايعين إذا سرق ما شرط فيه الخيار.

قال: ولا يقطع عبد في سرقةٍ من مولاه، مكاتبًا كان العبد أو مُدَبَّرًا، أو تاجرًا عليه دينٌ، ولا علىٰ أمّ ولدٍ سرقت من مولاها؛ لما قدمنا من حديث عمر أنه قال: «عبدكم سرق متاعكم، لا قطع عليه».

ولأن هؤلاء علىٰ ملك المولىٰ، فلا يقطع ماله لأجل ماله.

ولأنهم يتبسطون في منزله في العادة، فيدخلون للخدمة، والتبسط في الحرز يمنع من القطع.

قال: فإن سرق رجلٌ من امرأة أبيه، أو من زوج أُمّه، أو من ابن امرأته، أو ابنتها، أو أمها، فلا قطع عليه، وكذلك امرأة ابنه، وكذلك ابن امرأته وابنتها.

وقال أبو يوسف: يقطع في ذلك كلّه ـ [غير امرأته] ـ بعد أن سرق [ذلك] من غير منزل السارق، أو منزل أبيه أو ابنه.

وجملة هذا: أن السارق إذا سرق من هؤلاء، وهم في منزل من يضاف السارق إليه، لم يقطع في قولهم؛ لأنه مأذونٌ في دخول منزل أبيه وابنه، فخرج

(١) في ب (إلا باختياره).




المنزل من أن يكون حِرْزًا في حقّه.

وأما إذا سرق مالهم من منزلٍ آخر، لم يقطع عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يقطع.

لأبي حنيفة: أنه لو سرق من المضاف إليه، لم يقطع، فإذا سرق من المضاف، لم يقطع، أصله: العبد إذا سرق من ابن مولاه، أو من امرأة مولاه.

لأبي يوسف: أنه لا قرابة بينه وبين امرأة أبيه، وابنة امرأته، وأمها، ولا زوجته، فصاروا كالأجانب.

وليس كذلك عند ابنه[1]؛ ولأنه مال الأب، ففي قطعه إلحاق ضررٍ بالأب؛ فلذلك اعتبر حكمه بحكم الأب.

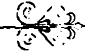
قال: ولا قطع على الرجل يسرق من مطلقته وهي في العدة، والمطلقة تسرق من مطلقها وهي في العدة؛ ثلاثًا كانت [٣٦٩/أ] أو طلقةً، أو هي في رجعتها، أو في خلعٍ، أو [مبانة][2]؛ وذلك لأن العدة أثرٌ من آثار النكاح، فصار بقاؤها كبقاء النكاح، ومعلوم أن النكاح بقاؤه يمنع القطع على ما قدمنا، فكذلك أثره يصير شبهةً.

قال: ولو أن رجلاً سرق من منزلِ غريمٍ له دراهم، لم يلزمها قطعٌ، وهي

---

(١) في ب (أبيه).

(٢) ليست واضحة في أ وَ ب، وصورتها أقرب ما تكون إلى ما أثبت، والسياق يقتضيه. أو المبارأة؛ والمبارأة في النكاح: قول الرجل لزوجته: برئت من نكاحك، والمبارأة الخلع كما في المغرب للمطرزي (برأ)

قضاءً[١] من حقه إذا كان دينه[٢] عليه حالاً ، فإن كان إلىٰ أجل ، فإنه يقطع إذا صححت هذا الكلام ، ولكن أدعه وأستحسن ، وأدرأ الحد عنه ؛ وذلك لأن السارق إذا أخذ من جنس حقه ، صار قصاصًا بحقه إذا كان حالاً ، ألا ترىٰ أنه لا يجبر علىٰ رده ، والأخذ المستحقّ لا يتعلّق به وجوب القطع .

فأما إذا كان دينه مؤجلاً ، فالقياس: أن يقطع ؛ لأنه أخذٌ بغير حقٍّ ، فصار كمن [لا دين له][٣] ، والاستحسان: أن لا يقطع ؛ لأن الدين المؤجل ثابتٌ في الحال ، فيصير ثبوته شبهةً في درء القطع عن [الآخذ][٤] .

قال: وكذلك لو سرق أكثر مما عليه ؛ وذلك لأن مقدار دينه لا قطع فيه ، وإذا سقط القطع في بعض المال المأخوذ ، سقط في باقيه ، كمن سرق مالاً مشتركًا .

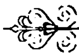
قال أبو يوسف: لو سرق الراهنُ رهنه من بيت المرتهن ، لم أقطعه ؛ لأنه ملكه ، وشبهة الملك تسقط الحد ، فنفس [الملك][٥] أولىٰ أن يُسقِط .

قال: ولو كان الرهن في يد عدلٍ ، فسرقه الراهن أو المرتهن ، فلا قطع علىٰ واحدٍ منهما .

أما الراهن ؛ فلما بيّنا: أنه ملكه ، وأخذ الإنسان لملكه لا يتعلق به قطع وإن حظر عليه الأخذ ، كما لا يجب عليه الحد بوطء ملكه وإن حرم عليه الوطء[٦] .

---

(١) في ب (قصاص) .
(٢) سقطت من ب .
(٣) في أ (لا دين عليه) ، والمثبت من ب ، وهو المناسب في العبارة .
(٤) في أ (الحد) ، والمثبت من ب .
(٥) في أ (الحق) ، والمثبت من ب .
(٦) في ب (وإن رجع عليه الوطء) .




وأما المرتهن؛ فلأن يد العدل قائمة مقام يده، ألا ترىٰ أنه يمسكه بحقه، فصار كالمودع إذا أخذ الوديعة من المودع.

قال: ولو سرق رجلٌ من غريمٍ له ودينه عليه دراهم أو دنانير، والسرقة متاعٌ في مثله يقطع، قطعته.

وكذلك لو كان الحقّ دراهم، فسرق دنانير، أو دنانير فسرق دراهم؛ وذلك لأن هذا الأخذ لا يكون قصاصًا، فصار أخذًا بغير حقٍّ، فيتعلّق به القطع.

وهذا يدل علىٰ أنه لم يعرف الخلاف الذي يقول أصحاب الشافعي: إن الغريم يجوز أن يأخذ من غير جنس حقّه، أو يكون عرف [هذا] الخلاف، فلم يعتدّ به؛ لأنه لم يقل به السلف.

فأما مع الاعتداد به، فلا قطع؛ لأنه أخذ شبهة، ألا ترىٰ أن من الفقهاء من يقول: إنه يأخذه بدينه.

قال: وإذا أخذ صنفًا من الدراهم أجود من حقه أو أردأ منه، لم أقطعه؛ وذلك لأن المأخوذ مما يقع به الاقتضاء، ألا ترىٰ أنه إذا كان أردأ من حقه كان قصاصًا [إذا رضي به الطالب، وإن كان أجود صار قصاصًا] إذا رضي الذي عليه الحق؛ ولأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا، لا قيمة لها، فكأنه أخذ نفسَ حقه.

قال: ولو سرق حُلِيًّا من فضة وعليه دراهم، أو حَلِيًّا من ذهب وعليه دنانير، فإنه يقطع؛ لأن هذا لا يكون قصاصًا من حقه إلا علىٰ وجه البيع والمعاوضة، فصار كالعروض.

قال: وإن كان المتاع أو الحُلِيُّ قد استهلكه السارق، فوجب عليه قيمته[1]، وهو مثل الذي عليه من الدَّيْن، فإن هذا يقطع أيضًا؛ وذلك لأن المقاصة بعد الاستهلاك ليست بأكثر[2] من سقوط الضمان في العين المسروقة؛ وذلك لا يوجب سقوط القطع، كما لو هلكت ولا دين للسارق على المسروق منه؛ ولأن القطع لو سقط بهلاك العين، لم يجب بأخذها، أصله: سائر ما لا يقطع فيه.

قال: ولو سرق عبدٌ أو مكاتبٌ من غريم مولاه، قطعته؛ لأن المكاتب لا يثبت له حقّ القبض في ديون المولى، فصار كالأجنبي.

قال: ولو كان المولى وكّله بقبض الدين، لم يقطع؛ لأنه يثبت له حق القبض بالوكالة، فصار كصاحب الدين.

قال: ولو سرق رجلٌ من غريم أبيه أو ولده الكبير[3]، قطعته، ما خلا الولد الصغير؛ لأنه لا حقّ له في ديون أبيه وابنه الكبير، فلم يقع ما قبضه موضع المقاصة لولده[4]، فقطع.

وأما الولد الصغير؛ فلأن حقّ القبض في ديونه إليه، فصار كدين نفسه.

قال: ولو سرق من ابنه من الرضاعة، أو من ولده من الرضاعة، أو [من] امرأته وهو نازلٌ في منزلٍ على حدةٍ، قطع؛ لما بيّنا: أن الرضاع سببٌ يوجب التحريم، وأسباب التحريم لا تمنع القطع.

---

(١) في ب (ثمنه).

(٢) في ب (ليس فيها أكثر).

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب، والمعنى (أو غريم ولده الكبير).

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.




قال: ولو سرق من امرأة أبيه، أو من زوج ابنته، من منزل يجمعهما جميعًا، لم يقطع؛ لأنه مأذونٌ في دخول المنزل إذا كان (لابنه).

قال: ولو سرق وديعةً عندهما، أو عند أحدهما في المنزل، أو عارية، لم يقطع؛ لأن المنزل ليس بحرزٍ في حقه.

قال: ولو سرق من غريم مكاتبه، أو من غريم عبده، وعلىٰ عبده دينٌ، قطعته؛ لأنه ليس له حق القبض في ديون مكاتبه وديون عبده المأذون؛ فصار كالأجنبي.

قال: وإن لم يكن علىٰ عبده دينٌ فسرق من غريمه من جنس دين عبده، لم يقطع؛ لأن دين عبده ماله، وإنما يقوم العبد مقامه فيه.

وقال ابن رستم عن [محمد و]أبي يوسف: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً سرق من امرأةٍ، ثم تزوجها قبل أن يقضىٰ عليه بالقطع، فإنه لا يقطع، فإن قضي عليه بالقطع، فإنه لا يقطع في قول أبي حنيفة، ويقطع في قول أبي يوسف؛ وذلك لأن الشبهة الطارئة علىٰ الحدود بمنزلة الموجودة ابتداءً، ألا ترىٰ أن من قذف رجلاً، فزنىٰ المقذوف قبل الحدّ، سقط الحدّ عن القاذف، ومعلومٌ أنه لو سرق من زوجته، لم يقطع، فكذلك إذا طرأت الزوجية بعد السرقة.

وأما إذا تزوجها بعد الحكم بالقطع، فوجه قول أبي حنيفة: أن الطارئ علىٰ الحدود قبل الاستيفاء، كالطارئ قبل القضاء، أصله: زنا المقذوف.

لأبي يوسف: أن القاضي لما قضىٰ بالقطع استقرّ، فالتزويج لا يُسقطه كما لا يسقطه[1] ملك العين المسروقة عنده.

(١) في ب (يسقط).

وقد كان الأولىٰ بأبي يوسف أن يقول مثل قول أبي حنيفة ؛ لأنه وافق أبا حنيفة في رجوع الشاهد بعد القضاء قبل الإمضاء، وجعله كرجوعه قبل القضاء، وإنما خالف محمد في ذلك، وفرّق بين الرجوع [قبل القضاء] وبعده.

قال: ولو سرقت امرأة من زوجها، أو سرق هو منها، ثم طلقها ولم يدخل بها فبانت بغير عدّةٍ، فإنه لا يقطع واحدٌ منهما؛ لأن الأخذ وقع غير موجب للقطع، والطارئ علىٰ الحدود، كالموجود في الابتداء إذا كان مما يُسقطها.

فأما إذا كان مما يؤكدها، فالمعتبر بأخفّ الحالتين؛ لأن الحدود تسقط بالاحتياط[1].



(١) انظر: الأصل ٧/٢٢٧ وما بعدها؛ الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٠ ـ ٣٩٢؛ مختصر القدوري ص٤٨١.

بَابُ
السارقِ يسرقُ مالاً من غير مالكهِ



قال [الشيخ] أيده الله تعالى: جملة هذا الباب: أن الأيدي على ضربين: يدٌ صحيحةٌ، ويدٌ غير صحيحةٍ.

فالسرقة من يدٍ صحيحةٍ يتعلّق بها القطع، يد المالك كانت أو غير مالك.

والسرقة [٣٦٩/ب] من يد ليست بصحيحةٍ لا يتعلّق بها القطع.

واليد الصحيحة: يد ملكٍ، ويد أمانةٍ، ويد ضمانٍ، واليد التي ليست بصحيحةٍ: يد السارق.

فالسارق من المالك يقطع؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]؛ ولأن النبي ﷺ قطع يد سارق رداء صفوان(١).

فأما يد الأمانة: فهي يد المودَع، والمستعير، والمضارب، والمُبضِع، فمن سرق من هؤلاء قطع؛ لأنه أخذ المال من يدٍ صحيحةٍ، كيد المالك؛ ولأن يد المودَع يدٌ لمودِعه، فكأنه أخذه من يد المودَع.

وقد قالوا: إن المؤتمن إذا طالب السارق برد العين، وأقام البينة عليه بالسرقة مع غيبة المالك، قطعه الإمام؛ وذلك لأن السارق إنما يقطع لإزالة اليد

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ ابن ماجه (٢٥٩٥)؛ قال في نصب الراية: «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح» (٣/٣٦٩).




الصحيحة، فلا يعتبر حصول يد أخرىٰ في صحة المطالبة.

فأما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن، فقد قالوا: (إن المودَع إذا لم يخاصم حتىٰ قدم المالك، فله أن يخاصم، ويقطع السارق، ذكر ذلك)[1] في الجامع الصغير[2].

وذكر ابن سماعة عن محمد: فيمن سرق من المودَع، فلم يخاصمه حتىٰ حضر ربّ المال، فأقر المستودِع أن المال له ـ يعني: مال المودَع ـ ثم عاد[3]، فليس لربّ المال أن يقطع السارق؛ لأنه لم يسرق منه، إنما سرق من الذي كان عنده.

قال محمد في النوادر: لا أقطع السارق وإن أَقَرَّ السارق أن المال مال المودع وطالبه بذلك المودع.

وجه الرواية الأولىٰ: أن الملك للمودِع، والمودَع يقوم مقامه في الحفظ والمطالبة، فإذا وجب القطع بمطالبة المودَع، فلأن يجب بمطالبة المالك أولىٰ.

وجه رواية ابن سماعة: أن الأخذ إنما وقع من المودَع، والقطع وجب بإزالة يده، فلم يجز أن يطالب بذلك غيره، كما لو سرق من مالكٍ فحضر وكيله يطالب بالمال، لم يقطع السارق.

ويجوز أن يجعل ما ذكره في الجامع، وما ذكره ابن سماعة روايةً واحدة؛ لأنه لم يقل في الجامع: إن المالك حضر وطالب وغاب المودَع، فيحمل ذلك

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٥.

(٣) في ب (ثم غاب).

علىٰ أن المالك طالب [مع حضور المودَع ، فيقضىٰ بالقطع بحضورهما ، ويصير المالك كالنائب عن المودَع في الخصومة] مع حضوره ، فيجب القطع ، وتحمل مسألة ابن سماعة علىٰ ما ذكر من غيبة (المودَع ، فلا تقبل نيابة المالك مع غيبة)[1] المسروق منه .

وأما يد الضمان : فهي يد الغاصب ، والقابض علىٰ وجه السوم ، والمرتهن ، فالسارق منها يجب عليه القطع ؛ لأنها يدٌ صحيحةٌ ، ألا ترىٰ أن الضمان يتعلّق بها ، فهي كيد المالك ؛ ولأن الغاصب يتعلّق بيده حكم التمليك ، فهي كيد المشتري .

وقد قال في الجامع : إن للغاصب أن يطالب بالقطع ، وكذلك للمغصوب منه ، ولم يحكِ ابن سماعة في الغصب خلافًا ، وينبغي أن يكون الخلاف في المودَع والغاصب سواءً .

وأما القابض علىٰ وجه السوم ، فيده يد ضمان ، (وهي يد صحيحة ، فيتعلق بإزالتها القطع)[2] كيد الغاصب .

وأما المرتهن ، فيده يد ضمان ، وهي يدٌ صحيحةٌ ، فيتعلق بإزالتها القطع .

قالوا : وليس للراهن أن يقطع السارق ؛ لأنه ليس له حقّ القبض في العين مع قيام الرهن ، فإذا لم تثبت [له] المطالبة ، لم يجب القطع بخصومته ، إلا أن يقضي الدين ، ثم يخاصم ، فيثبت له حق القطع ؛ لأن له المطالبة برد العين إلىٰ يده ، فصار كالمالك .

ويجب أن يقول محمد : إن القطع لا يثبت بمطالبة الراهن مع غيبة المرتهن ،

---

(١) سقطت من ب .

(٢) سقطت من ب .




كما قال في المودَع، وهو أولىٰ؛ لأن يد المرتهن أقوىٰ من يد المودَع؛ لأن يد المرتهن لنفسه، ويد المودَع لغيره.

فأما اليد التي هي غير صحيحة[1]: فالسرقة منها لا يتعلّق بها القطع، كالسرقة من السارق؛ لأن يد السارق ليست بيد ملكٍ ولا ضمانٍ ولا أمانةٍ، فصار الأخذ من السارق كالأخذ من الطريق، أو كأخذ المال المُضيّع، ولا يثبت القطع أيضًا بمطالبة المالك؛ لأن السارق لم يُزِل عن المال يدًا صحيحة، فصار كمن أخذ متاعًا من الطريق.

قال: وإذا هلك الرهن في يد السارق [من المرتهن]، فللمرتهن أن يقطع السارق، ولا سبيل للراهن عليه؛ وذلك لأن السارق أزال يدًا صحيحةً، فوجب لصاحبها القطع وإن هلكت العين.

وأمَّا الراهن، فلم يبق له حقٌّ في العين، ألا ترىٰ أنه يسقط عنه الدين بهلاكها، فلم تثبت له المطالبة.

قال ابن رستم عن أبي يوسف: لو أن سارقًا قطع في سرقةٍ، ثم سرقها [منه] آخر، لم تقطع يد الثاني، وهذا علىٰ ما قدمنا.

قال: ولو كان القطع دُرِئ عنه، قطع الآخر؛ وذلك لأن القطع إذا درئ عنه، تعلّق بأخذه الضمان، ويد الضمان يدٌ صحيحةٌ، فإزالتها يوجب القطع.

وقد قالوا في السارق: هل له أن يطالب برد العين المسروقة إلىٰ يده؟ فيه روايتان:

(١) في ب (فأما اليد التي ليست صحيحة).

أحدهما: ليس[1] له أن يطالب؛ لأنه ليس له يدٌ صحيحةٌ فيلزم السارق ردّها، ويصير السارق منه كالآخذ من الطريق.

والرواية الأخرىٰ: أن له المطالبة؛ لأنه يجوز أن يختار المالك الضمان ويترك القطع، فيتخلص السارق بردّ العين عليه من الضمان[2].

ويجوز أن يقال: إنه ما لم يقطع، فله أن يطالب؛ لأنه يجوز أن يضمن، فيتخلص بردّ العين، فأما بعد القطع فلا يجوز أن يلزمه ضمانٌ، فلا حقّ له في المطالبة.

ويجوز أن يقال: إن المطالبة تثبت له بعد القطع؛ لأنه يتخلّص بردّ العين من الضمان الواجب فيما بينه وبين الله تعالىٰ، كما يتخلّص قبل القطع من الضمان الذي يجب عليه في الحكم.



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب هنا زيادة (كالآخذ من الطريق)، ولا أرىٰ السياق يقتضيها).




بَابُ
السارق يردُّ السرقةَ على صاحبها أو يملكها قبلَ القطعِ



قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إذا جاء السارق بالسرقة تائبًا، فلا قطع عليه، رواه بشر عنهما.

فإذا رَدَّها قبل الرفع على غير هذا الوجه؛ لأنه عينٌ عليه فردّ، أو طولب بها فردها قبل رفعه إلى السلطان، فلا قطع عليه عند أبي حنيفة ومحمد، ويقطع عند أبي يوسف، روى ذلك عن أبي يوسف[1] ابن سماعة وعَلِيّ بن الجعد.

واتفقوا: أنه إذا رفع إلى الحاكم فردها قبل الحكم أو بعد الحكم، فإنه يقطع؛ لأن الحاكم يحكم بردها ويقطعه.

وجملة هذا: أن السارق إذا رد العين قبل الترافع، سقط الحد عند أبي حنيفة ومحمد، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يسقط.

وجه قولهما: أن العين إذا رُدّت سقطت المطالبة بها، وسقوط المطالبة بالمال يمنع من الخصومة فيه، والقطع لا يجب إلا بمطالبة الآدمي بالمال؛ الدليل عليه: إذا وهبها المسروق منه للسارق [٣٧٠/أ].

لأبي يوسف: أن الردَّ لو حصل بعد الترافع، لم يسقط الحدّ، فكذلك

(١) في ب (روى ذلك عنه).

قبله كالهلاك.

وأما إذا ردّها بعد الترافع، لم يسقط القطع[1]؛ لأن السارق فعل ما يفعله الإمام، ألا ترىٰ أن الإمام يحكم بردّ العين، ثم يقطع، وإذا فعل السارق ما يفعله الإمام، لم يسقط القطع، كما لا يسقط برد الإمام.

وإذا اشتراها السارق من المسروق منه، أو وهبها له، فإنه لا يقطع في قول أبي حنيفة [ومحمد]، سواءٌ كان ذلك قبل القضاء أو بعده.

وقال أبو يوسف: إن كان ذلك قبل الترافع، أسقط القطع، وإن كان بعده، لم يسقط.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الملك إذا حصل للسارق، لم يجز قطعه في ملكه، كما لو أخذ ملكه ابتداءً؛ ولأن ما طرأ علىٰ الحدود قبل الاستيفاء، كالموجود في الابتداء.

لأبي يوسف: ما روي عنه ﷺ أنه لما أمر بقطع سارق رداء صفوان، قال صفوان: وهبته منه يا رسول الله، فقال: «هلَّا قبل أن تأتيني به»[2]، فدلّ علىٰ أن الهبة قبل الترافع تسقط القطع، (وبعده لا تسقط.

وهذه لا دلالة فيه؛ لأنه روي أنه قال: وهبت له القطع)[3]، وذلك لا يسقط

---

(١) في ب (الحدّ).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٤)؛ والنسائي (٤٨٧٩)؛ ابن ماجه (٢٥٩٥)؛ قال في نصب الراية: «قال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح» ٣/٣٦٩.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.




القطع[1] ؛ ولأنه يجوز أن يكون وهب له ولم يقبضه ، والقطع إنما يسقط بالهبة مع القبض.

ولا يقال: بأن الهبة من غير قبض لا تسقط القطع قبل الترافع ، (وقوله عليه السلام: «**هلّا قبل أن تأتيني به**» يدلّ على أنه فعل فعلاً يسقط القطع قبل الترافع)[2] ؛ وذلك لأن الهبة من غير إقباضٍ إذا حصلت قبل الترافع أسقطت المطالبة ، وترك المطالبة قبل الترافع يسقط القطع ، ولا يسقطه بعد الترافع.

وقال ابن رستم عن أبي يوسف: قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً سرق من امرأةٍ ، ثم تزوجها قبل أن يقضى بالقطع ، فإنه لا يقطع ؛ وذلك لأن الزوجية لو كانت موجودةً في الابتداء منعت من وجوب القطع ، فكذلك إذا طرأت في الثاني ، كملك العين.

قال: ولو أمر الإمام بقطع سارق ، فعفا المسروق منه ، كان عفوه باطلاً ؛ لقوله ﷺ: «**تعافوا الحدود فيما بينكم ، فإذا رفعت إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا**»[3] ؛ ولأن القطع حقٌّ لله تعالى ، فعفو المسروق منه [عنه] لا يسقطه.

قال: ولو قال المسروق منه: شهد شهودي بزورٍ ، أو قال: لم يسرق مني ، لم يقطع ؛ وذلك لأن إقراره بهذا يمنع من ثبوت المالِ ، ووجوب القطع موقوفٌ على صحة الحكم بالمال ، فإذا لم يثبت المال ، لم يثبت القطع[4].

---

(١) في ب (الحدود).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) رواه الدارقطني في السنن (٣/٢٠٤) ؛ وقال الزيلعي في نصب الراية «ضعفه ابن القطان» ٣/٢٧٠.

(٤) انظر المسألة: الأصل ٧/٢٤٨.

بَابُ
السارِق يسرقُ السرقةَ فيقطع فيه، ثم يعودُ فيسرقهُ



[قال أبو الحسن[1]: روى ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف، قال: قال أبو حنيفة: إذا قُطعت يد السارق في سرقةٍ، ورُدَّتْ إلى صاحبها، ثم عاد فسرقها بعينها، لم أقطعه استحسانًا.

وبذلك قال في الجامع الصغير[2]، إلا أنه لم يذكر الاستحسان؛ وذلك لأن العين المسروقة إذا قطع السارق بها صارت في حقه كمالٍ غير متقوّمٍ، بدلالة أنه لا ضمان عليه باستهلاكها، وما ليس بمتقوّمٍ من المال في حقّ السارق لا يقطع فيه.

ولأن الحدّ وجب عليه بهتك حرمة العين، فإذا استوفي الحدّ، ثم عاد فهتك تلك الحرمة في العين، لم يلزمه حدٌّ آخر، كمن قذف رجلاً فحدّ، ثم عاد فقذفه.

ولم يذكر في هذه المسألة خلافًا في الأصل، ولا في سائر الروايات إلا في رواية الحسن بن زياد عند أبي يوسف الضمان، وكذلك في باب القطع.

وقال عن أبي حنيفة: إذا سرق غزلاً، فقطع فيه، ثم نسج الغزل ثوبًا، فعاد فسرقه مرةً أخرى، يقطع.

وجملة هذا: أن العين المسروقة إذا رُدّت ففعل فيها المسروق منه ما لو

(١) محتوى هذا الباب كله زيادة من ب، وقد سقط في أ.

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص ٣٩٦.

فعله الغاصب أسقط حقّ المالك عن العين، ثم عاد السارق فسرقها، قطع؛ وذلك لأنها صارت بهذا الفعل في حكم عينٍ أخرىٰ، وهذا يسقط حقّ مالكها، ومن قطع في عينٍ، فسرق غيرها، قطع كذلك إذا سرقها، وقد تغيّرت عن حالها إلىٰ حكم عينٍ أخرىٰ.

وقال هشام: سألت محمداً عن رجلٍ سرق بقرةً قيمتها عشرة دراهم، فقطعته، ثم عاد فسرقها ثانيةً، لم أقطعه، فإن وضَعَت البقرة فسرق ولدها، قطع؛ وذلك لأن الولد عينٌ أخرىٰ لم يقطعه فيها، فصار كولد غيرها.

قال: ولو سرق ثوب خزٍّ فقطعته، ثم نقض الثوب فصار منقوشًا، فسرقه، قال: لا أقطعه؛ لأن هذا الفعل لا يسقط حقّ المالك إذا فُعِل علىٰ وجه الغصب، فلم تصر العين في حكم عينٍ أخرىٰ، فإن غزل قطعته؛ لأنه صار في حكم جنسٍ آخر، ولأنّ حقّ المالك يسقط بهذا الفعل في الغصب].



[بَابُ
الرجل يسرقُ سرقاتٍ مختلفةً فيُرفع في بعضها]



قال محمد في الجامع الصغير عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في نوادره: إن أبا حنيفة قال: إذا سرق سرقاتٍ فرُفع في بعضها، فقطع فيما رفع فيه، فإن القطع للسرقات كلها، ولا يُقطَع في شيءٍ منها بعد ذلك وإن خُوصِم فيها.

وهو قول أصحابنا جميعًا: [أنه] لا يقطع في سرقةٍ كانت منه [قبل] قطعه.

واختلفوا في الضمان فيما لم يُخاصَم فيه، فروىٰ محمد في المواضع التي قدمنا ذكرها: أنه لا يضمن في شيءٍ من السرقات في قول أبي حنيفة، وكذلك روىٰ ابن زياد عن أبي حنيفة.

وقال محمد عن أبي يوسف: إنه يضمن السرقات كلها إلا التي قطع فيها.

وروىٰ ابن سماعة عن محمد في نوادره مثل قول أبي يوسف.

وروىٰ ابن سماعة وعَلِيّ بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه يضمن السرقات إلا التي قطع فيها.

وقال أبو يوسف: لا أضمنه، وهذا قلب رواية محمد.

أما سقوط القطع في السرقات المختلفة؛ فلأن كلّ سرقة بانفرادها أوجبت القطع، وأسباب الحدود إذا اجتمعت من جنسٍ واحدٍ، اقتصر منها علىٰ حدٍّ واحدٍ، كالزنا إذا تكرر؛ ولأن كلّ سرقة تعلّق بها قطع يده اليمنىٰ، فإذا قطعت

في واحدةٍ منها، فقد فات العضو الذي تعلّق به القطع، ومعلوم أن يد السارق لو ذهبت بعد السرقة بآفةٍ من السماء، سقط القطع، فإذا ذهبت على وجه الحدّ أولىٰ.

وأما الضمان، فإن حضر أصحاب السرقات يخاصموا، فقطع بمخاصمتهم، سقط الضمان في جميع ذلك في قولهم جميعًا؛ لأن مطالبة المسروق منه بالقطع كالبراءة من الضمان عندنا، فإذا طالبوا جميعًا، فقد أبرؤوا، فصار كالواحد إذا طالب.

فأما وجه قول أبي حنيفة إذا طالب الواحد: أن القطع وقع لجميع السرقات، بدلالة أنه ليس لواحدٍ منهم قطعٌ وإن طالب، فإذا وقع القطع لجماعتهم، فكأنهم حضروا فطالبوا.

وجه قولهما: أن مطالبة المسروق منه بالقطع، براءةٌ من القاطع[1]، فمن طالب منهم بحقّه، فقد وجد منه الإبراء، ومن لم يطالب لم يوجد منه ما يقتضي البراءة، فبقي حقّه في الضمان بحاله.

قال: وإن كانت السرقات قائمةً في يد السارق، رددتها؛ لأن القطع لا يسقط الرد فيما قطع فيه، فما لم يقع القطع فيه أولىٰ.

قال: وذكر في الأصل هذه المسألة، فقال في السارق يسرق السرقات ثم يرفع في واحدةٍ منها، فيقطع، قال: أضمنه إياها، إلا التي أتيت به فيها فقطعته.

وقال أبو يوسف: لا أضمنه، وهذا موافقٌ لرواية ابن سماعة وعليٍّ، إلا أن هذا القول في الأصل منهم لم يُضفه إلىٰ أحد.

---

(١) في ب (من المال).

وقد قال في نسخةٍ أخرىٰ من رواية ابن أبي سليمان، فقال فيها: أضمنه كلها، إلا السرقة التي أثبتُّ عليه، فقطعته فيها، قال: وهو قول أبي يوسف، وكان أبو حنيفة يقول: لا أضمّنه شيئًا من ذلك، وهذه الرواية في نسخٍ، وهي الصحيحة عندي؛ لأنه بيّن المبهم في الرواية الأخرىٰ، وهو موافق لرواية محمد في غير الأصل[1].



(١) انظر: الأصل ٧/٢٥٩؛ شرح مختصر الطحاوي ٦/٢٦٧.

بَابُ
القومُ يشتركون في السرقةِ



قال محمد في الأصل: في جماعة رجال دخلوا منزل رجلٍ، فجمعوا المتاع جميعًا، ثم حملوه على رجل منهم، وكان هو الذي خرج به، وقد خرجوا مع الرجل الحامل للمتاع، والمتاع يساوي ألف درهم، قال: أما في القياس: فينبغي أن لا يقطع إلا الخارج الذي حمل المتاع وخرج به، وأما في الاستحسان: فيقطعون جميعًا، وبه نأخذ.

وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف [٣٧٠/ب] عن أبي حنيفة، قال أبو يوسف: وبه نأخذ.

وقد بيّنا هذه المسألة[1] وذكرنا: أن المقصود من السرقة ليس هو الحمل، وإنما المقصود التمكين من الأخذ، والحدّ يتعلق بالمقصود من كلّ نوعٍ؛ لأن الحمل على واحدٍ منهم كالحمل على دابةٍ، فيجب فيه القطع على الجماعة.

وقال الحسن عن أبي يوسف في اختلاف زفر وأبي يوسف، في قوم نقبوا على رجل منزله، فأخذوا متاعه، فخرجوا به، وفيهم مجنونٌ أو صبيٌّ، قال: يُدرأ عنهم القطع جميعًا في قول أبي حنيفة وزفر.

وقال أبو يوسف: إن كان الصبي أو المجنون وليَا إخراج المتاع، درئ القطع

(١) هنا في ب زيادة (في ذكر في السؤال أنهم خرجوا معه، وذكر القياس والاستحسان)، والسياق لا يقتضيها.

عنهم جميعًا، وإن كان [وليه] سواهما، قطعوا إلا المجنون والصبي.

أمَّا الصبي والمجنون، فلا قطع عليهما؛ لقوله ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاث**»[1]، وذكر [فيه] الصبي والمجنون؛ ولأن القطع عقوبةٌ، فلا يتعلّق بفعل الصبي، كحدّ الزنا.

وأما الباقون، فوجه قول أبي حنيفة وزفر: أنه اشترك في سبب الحد من يجب عليه الحد ومن لا يجب عليه الحد بنفس الفعل، فصار ذلك شبهةً في سقوط ما يسقط بالشبهة، كالعامد والمخطئ إذا اشتركا في القتل؛ ولأن العين معتبرةٌ، كما أن الفعل معتبرٌ، ومعلومٌ أن المشاركة في العين يجوز أن تمنع من القطع، فكذلك المشاركة في الفعل؛ ولأنا قد بيّنّا: أن حمل الواحد منهم كحمل جماعتهم، فصار حمل غير المجنون كحمله.

لأبي يوسف: أن الصبي والمجنون إذا وليا الحمل، ففعلهما هو المقصود، وفعل غيرهما تبعٌ، فإذا لم يجب الحدّ بمتبوع الفعل، (لم يجب في تبعه.

وإذا كان الحامل)[2] عاقلاً بالغًا، ففعله مما يتعلق به القطع[3]، وهو المتبوع، فسقوط الحدّ عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع.

وقال ابن سماعة في نوادره: قال أبو حنيفة: في رجلين يقرّان بسرقة ثوب يساوي مائة درهم من فلان، فلما أمر بقطعهما، قال أحدهما: الثوب ثوبنا لم نسرقه، فإني أدرأ القطع عنهما جميعًا؛ لأنه شيءٌ واحدٌ، فإذا درأت بعضه،

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)؛ وابن ماجه (٢٠٤١)؛ وصححه ابن حبان (١٤٢).
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ب (الحد).




درأت كلّه ؛ وذلك لأن الاشتراك في الأخذ قد ثبت بإقرارهما ، فإذا ادعىٰ أحدهما الثوب ، خرج فعله من أن يكون سَرقة ، فخرج فعل الآخر من ذلك ، كما لو سرقا مالاً لأحدهما فيه شركةٌ .

قال: ولو قال أحدهما: سرقنا هذا الثوب من فلانٍ ، فقال الآخر: كذبت لم نسرقه ، ولكنه لفلانٍ ، قطعت المقرّ ، ولم أقطع المنكر .

وقال أبو يوسف: لا أقطع واحدًا منهما .

لأبي حنيفة: أن المقرّ أقرّ بالسرقة ، ولم يثبت مشاركة الآخر له ، فجحوده الفعل من غير ثبوت المشاركة لا يوجب سقوط القطع عن الآخر ، وصار كمن قال: زنيت أنا وفلان ، فقال فلان: كذبت ، لم يسقط الحدّ عن المقرّ .

وكذلك لو [قال]: قتلت أنا وفلانٌ [فلانًا] ، وكَذَّبه فلان ، وجب القصاص عليه ؛ لأن المشاركة لم تثبت[1] باعترافهما ، فإذا كان فعل أحدهما ليس بسرقة ، فكذلك فعل الآخر .

وليس[2] هذا عند أبي حنيفة كرجل قال: زنيت بفلانة ، فقالت: كذبت ؛ لأن فعل الواطئ لا يجوز أن ينفرد عن الموطوءة ، فإذا لم تصدقه علىٰ إثبات فعلها ، لم يكن إثبات فعله منفردًا عنها ، فلذلك سقط الحدّ عنه .

وأما في مسألتنا: ففعل كل واحد من السارقين يجوز أن ينفرد عن فعل الآخر ، فلم يكن جحود الآخر [للفعل] مانعًا من ثبوت الفعل في حقّ المقرّ .

---

(١) في ب (ثبتت) .

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب .

لأبي يوسف: أن المقرّ لم يقرّ إلا بسرقة بعض الثوب مع الآخر، وقد بطل حكم السرقة في حقّ الآخر، فبطل في حقّ المشارك؛ لاستحالة أن يكون أخذ الثوب بعضه سرقةً، وبعضه ليس بسرقةٍ.

وليس هذا عنده كما لو أقر بالزنا بفلانة، فجحدت؛ لأن الزنا يجوز أن يثبت في حق الواطئ دون الموطوءة، ولا يجوز أن تثبت السرقة في حقّ أحد الآخِذَيْن دون الآخر.

قال أبو الحسن: وهذه المسألة في الأصل، وفي روايتهما التباس، وفي بعضها مثل ما ذكر ابن سماعة في النوادر، وهو الصحيح.

قال ابن سماعة: سمعت أبا يوسف قال: قال أبو حنيفة في رجلٍ سرق هو وصبيٌّ، أو هو وذو رَحِمٍ من المسروق منه المتاع، قال: أدرأ عن الأجنبي الحدّ، إذا درأت [الحدّ] عن أحدهما درأت عن الآخر.

قال أبو يوسف: أستقبح هذا، وأقطع الذي وجب عليه القطع، وأدرأ عن الصَّبِي وعن المَحْرَم، وإن كان أحدهما شريكًا للمسروق منه المتاع [لم أحدّهما]؟ وفرّق بين أن يكون أحدهما ذا رحم أو شريكًا.

أما أبو حنيفة: فوجه قوله ما قدمنا: أنه اشترك في الفعل من لا يلزمه الحد بنفس الفعل، فكان ذلك شبهة في حق الباقين.

لأبي يوسف[1]: أن فعل كلّ واحد منهما معتبرٌ علىٰ حياله، فاعتبر حاله بحال الانفراد، وهذا مخالفٌ للرواية الأولىٰ عن أبي يوسف؛ لأنه اعتبر هناك

(١) في ب (وأما أبو يوسف فقال).

المباشرة، فأسقط القطع عن الجماعة إذا باشر الصبي، وأطلق الجواب هاهنا، وفرّق بين مشاركة الصبي والمباشر، وبين مشاركة الشريك؛ وذلك لأن المشارك في المال مأذون له في أخذه، فإذا اجتمع أخذ مأذون وأخذ غير مأذون، لم يتعلق بغير المأذون حكم القطع.

وليس كذلك أخذ الصبي والمباشر؛ لأن كلّ واحدٍ منهما غير مأذون فيه، وإنما سقط القطع لمعنىٰ في أنفسهما، وذلك المعنىٰ لا تعلّق له بغيرهما.

وكذلك روىٰ ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا كان في قطاع الطريق صبيٌّ أو مجنونٌ أو أخرس، قال أبو حنيفة: أدرأ الحدّ عنهم جميعًا.

وقال أبو يوسف: يدرأ عن الصبي والمجنون والأخرس، ويقام الحد على الباقين.

فأبو حنيفة بنىٰ علىٰ ما قدمنا: أن الأخذ في قطاع الطريق يتعلّق به الحدّ[1]، كأحد السارقين، وأبو يوسف بنىٰ علىٰ هذا أيضًا.

فأما الأخرس، فالحدّ لا يجب عليه؛ لأنه يجوز أن يكون لو قدر علىٰ الكلام لادّعىٰ شبهة، فمشاركته كمشاركة الصبي في إسقاط الحدّ عن شركائه.

وقال أبو يوسف في رواية ابن رستم: إذا سرقا من ابن أحدهما، فلا قطع عليهما، وهذا مخالفٌ للصغير، وهذه الرواية عن أبي يوسف تخالف ما قدمنا من رواية ابن سماعة، ووجهها: أن الابن له تبسّطٌ في مال أبيه، فسقط الحدّ لمعنىٰ في فعله، فسقط عن شريكه[2].

---

(١) في ب (الطريق) لعله سبق قلم.

(٢) انظر: الأصل ٧/٢٣٨؛ شرح مختصر الطحاوي ٦/٢٧٤.

بَابُ
الرجلُ يسرقُ شيئين أحدهما لا قطعَ فيه



قال أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ: إذا وقع أخذ السارق علىٰ شيئين، يُوجب أحدهما القطع إذا انفرد بأخذه، ولا يوجب الآخر [٣٧١/أ] القطع لو انفرد بأخذه، فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد.

وذلك مثل أن يسرق إناءً فيه طعامٌ لا يبقىٰ مثله، كائنًا ما كان، أو يكون في [الإناء](١) لبنٌ، أو ماءٌ، أو نبيذٌ، [أو شرابٌ]، أو نحو هذا.

وقال أبو يوسف: إذا كان الإناء بلغ قيمته عشرة دراهم قطعته.

قال هشام عن محمد: في رجل سرق إناء فضةٍ فيه مائة درهمٍ، وفي الإناء نبيذٌ أو ماءٌ، فإنه لا يقطع، وكذلك لو كان في الإناء ثريدٌ، فلا قطع عليه.

قال محمد: أنظر إلىٰ الذي في جوفه، فإن كان ما في جوفه لا يقطع فيه، لم أقطعه.

قال: وجملة هذا: أن المقصود من السرقة إذا كان مما لا قطع فيه، لم أقطعه لغيره وإن بلغ نصابًا، وإذا كان المقصود يجب فيه القطع وبلغ النصاب، قطع فيه في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: يقطع في الوجهين جميعًا(٢).

---

(١) في أ (جراب) والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.




وجه قولهما: أن المقصود من السرقة ما في الإناء، ألا ترىٰ أنه لو قصد الإناء بالأخذ[١] لألقىٰ ما فيه، وما في الإناء لا يتعلّق به قطعٌ، فلا يقطع[٢] بما ليس بمقصودٍ، كمن سرق صبيًا حرًا عليه حُليٌّ؛ ولأن العين معتبرةٌ في وجوب القطع كالفعل، فإذا كان الفعل لو اشترك فيه من يجب عليه القطع ومن لا يجب، صار شبهةً، كذلك العين المأخوذة إذا اجتمع فيها ما يتعلّق به القطع وما لا يتعلّق به القطع، كان شبهةً.

لأبي يوسف: أن الإناء لو سرقه علىٰ الانفراد وجب فيه القطع، فانضمام غيره إليه لا يسقط القطع فيه، وصار وجودُ ما فيه وعدمُه سواءً.

قال محمد: وكذلك لو سرق مصحفًا فيه ذهبٌ وياقوتٌ قيمته ألف دينار، لم أقطعه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: يقطع.

وجه قولهما[٣]: أن المقصود من السرقة المصحف دون ما عليه من الذهب [والفضة]، والمقصود[٤] لا يتعلّق به قطعٌ، فلا يتعلّق بالتبع[٥].

لأبي يوسف: أن سرقة الذهب علىٰ الانفراد يتعلّق به القطع، فانضمام المصحف إليه لا يغير حكمه، وجرىٰ وجوده وعدمه مجرىٰ واحدًا.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٢) في ب (فلا يتعلّق).
(٣) في ب (وجه قول أبي حنيفة ومحمد).
(٤) في ب (المتبوع).
(٥) انظر: الأصل ٧/٢٤٢.

وقال محمد: إن سرق كوزًا فيه عسلٌ، قيمة الكوز تسعة [دراهم]، وقيمة العسل الذي فيه درهمٌ، قطعته، فإن سرق حمارًا يساوي تسعة [دراهم]، وعليه إكافٌ يساوي درهمًا، قطعته؛ وذلك لأن المقصود بالسرقة وهو العسل، يتعلّق به القطع، فلم يسقط حكم الإناء، وجُمِعا جميعًا، فكمل النصاب بهما.

وكذلك الحمار والإكاف، كلّ واحدٍ منهما يتعلّق به القطع على الانفراد، فكمل أحدهما بالآخر.

قال هشام عن محمد: ولو شرب ما في الإناء في الدار قبل أن يخرج الإناء منها، ثم أخرج الإناء فارغًا منه، قطع؛ لأن المقصود الآن هو الإناء، ألا ترى أنه أخرجه ولا شيء فيه، والمقصود بالسرقة إذا كان مما يتعلّق به القطع، قطع.

قال محمد عن أبي يوسف في الإملاء وفي نوادره: قال أبو حنيفة: إن سرق صبيًا عبدًا لا يتكلم، وقال في النوادر: [صبيًّا] لا يتكلم ولا يمشي، وقال في الأصل: صغيرًا لا يتكلم ولا يعقل، قطعته، وإن سرق حرًّا صغيرًا لم أقطعه(١).

أما الصغير إذا كان عبدًا لا يعقل ولا يتكلم، فهو مالٌ في نفسه، ولا يد له على نفسه، فصار كالبهيمة، وليس كذلك الحر الصغير؛ لأنه ليس بمال، وسرقة ما ليس بمال لا يتعلّق به القطع.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا قطع فيهما، قال: لأن العبد من جنس الحر، ولا قطع في الحر، وبعض الجنس إذا سقط فيه القطع، سقط في بقيّته.

وقال أبو يوسف: إن كان على الصبي الصغير حُليٌّ، أو طوق ذهبٍ، أو

(١) انظر: الأصل ٧/٢٤٧.

فضةٍ، فإن أبا حنيفة قال: لا أقطعه، وهو قول زفر ومحمد.

وقال أبو يوسف: أقطعه إذا كان ما عليه يساوي عشرة دراهم فصاعدًا.

وجه قولهم: أن المقصود بالسرقة هو الصبي، ألا ترىٰ أنه لو قصد إلىٰ الحُلي لأخذه وترك الصبي، والمقصود بالسرقة إذا لم يتعلّق به القطع، لم يتعلّق بغيره.

لأبي يوسف: أن الحليّ بانفراده يتعلّق به القطع، فانضمام الصبيّ [إليه] وهو لا يعقل، كانضمام الحمار أو البهيمة.

وقالوا جميعًا: إذا كان الصبي الحرّ يمشي ويتكلم، فلا قطع عليه وإن كان عليه حليّ؛ لأن له يدًا(١) علىٰ نفسه وعلىٰ ما عليه، فأخذه ليس بسرقةٍ، وإنما هو خداعٌ، والخداع لا يتعلّق به القطع.

قال محمد: لو سرق كلبًا في عنقه طوقٌ ثمنه مائة درهم، لم أقطعه.

وقال الحسن عن زفر: إن سرق قردًا، أو خنزيرًا، أو كلبًا، [أو أسدًا]، أو ضبعًا، [وفي عنقه] شيءٌ من ذلك(٢): قلادة تساوي عشرة أو أكثر أو أقلّ، إنه لا يقطع، وبه يأخذ الحسن.

وهذا علىٰ ما قدمنا: أن المقصود بالسرقة إذا لم يتعلّق به القطع، لم يتعلّق بالتابع له.

وقال ابن سماعة: عن أبي يوسف: إن سرق منديلاً فيه صرّة دراهم، فعليه

---

(١) في ب (لأنه يد).

(٢) في أ (وفي عنق ذلك) والمثبت من ب.




القطع، وكذلك قال أبو يوسف، وهذا إنما يريد به: المنديل الذي تشدّ[1] فيه الدراهم في العادة؛ لأن المقصود بالأخذ ما فيه دونه، وما فيه نصابٌ كاملٌ، فتعلّق به القطع.

قال: ولو سرق ثوبًا في طرفه صرّة فيها دراهم، فإن أبا حنيفة قال: لا قطع عليه، إلا أن يكون الثوب قيمته عشرة دراهم.

قال: كل شيء لا يكون وعاءً، مثل المنديل [تصرّ فيه الدراهم في العادة]، فكانت في ناحيةٍ منه صرّة دراهم، سرقه رجل، فلا يقطعه حتى يكون ذلك الشيء يساوي ما يقطع فيه.

قال أبو يوسف: إن علم بها فعليه القطع، وإن لم يعلم فلا قطع عليه.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف خلاف هذا، قال: قال أبو حنيفة: إن سرق ثوبًا لا يساوي عشرة دراهم، وفيه عشرةٌ مصرورةٌ[2]، فإن كان علم بها السارق قطع، وإن كان لم يعلم لم يقطع.

وقال أبو يوسف: يقطع علم أو لم يعلم؛ لأنه قد سرقهما جميعًا.

وجه الرواية الأولى عن أبي حنيفة: أن المقصود بالسرقة هو الثوب دون ما فيه؛ لأن الثوب ليس بظرف لعشرة دراهم في العادة، فإن كان المقصود نصابًا قطع فيه، وإلّا لم يقطع.

وكان أصحابنا يقولون: إن كان في الثوب جملةٌ من الدراهم يشدّ مثلها في

(١) في ب (تصرّ).

(٢) في ب (وفيه صرة تساوي عشرة دراهم مصرورة).

ثوبٍ، قطع؛ لأن الثوب يكون ظرفًا لمثلها، فصار حينئذٍ كالمنديل إذا كان فيه صرّة.

وجه الرواية الأخرىٰ عن أبي حنيفة، وهي إحدىٰ الروايتين عن أبي يوسف: (أنه إذا علم بالدراهم، فقد قصدها، فيتعلّق بها القطع، فإذا لم يعلم [٣٧١/ب] بها، فالمقصود الثوب، فلا يقطع فيه.

وجه الرواية الأخرىٰ عن أبي يوسف)[١]: أنه قد سرق جملةً يتعلّق بها القطع، فعلمه بها لا يعتبر، كما لو سرق شيئًا لا يعلم قيمته.

قال: ولو سرق جِرَابًا[٢] فيه مالٌ، أو جوالق فيه مالٌ كثيرٌ، قطع؛ لأن المقصود بالسرقة هو المال دون الظرف، وذلك مما يتعلّق به القطع.

قلت: أرأيت إن سرق ثوبًا فيه مالٌ عظيمٌ مصرورٌ قد علم به اللص، والثوب لا يساوي عشرة دراهم، قال: إن كان هكذا قطعته فيه[٣].

وهذا علىٰ ما قدمنا: أن الثوب يصلح أن يكون ظرفًا للمال الكثير، ولا يصلح أن يكون ظرفًا لليسير، ففي الموضع الذي يكون ظرفًا يعتبر المال، وفي الموضع الذي لا يكون ظرفًا يُعتبر في نفسه[٤].

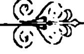
---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) الجِرَاب ـ بالكسر ـ: وعاء الزاد، والجمع: أجربة وجُرُبٌ.
والجوالق ـ بالفتح ـ جمع جُواليق ـ بالضم ـ: الغِرارة الصغيرة.
انظر مختار الصحاح؛ المغرب (جرب ـ جلق).

(٣) في ب (إذا كان هذا بيّنًا قطعته فيه).

(٤) انظر: الأصل ٧/٢٤٢.

بَابُ
المسائلُ المتفرقة



قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ: إذا أقرّ السارق بسرقةٍ مرّةً واحدةً، قطع[١].

وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يقطع حتىٰ يقرّ مرّتين، وهو قول أبي يوسف.

وحكىٰ بشر بن الوليد في نوادره عن أبي يوسف: أنه رجع إلىٰ قول أبي حنيفة.

وجه قولهما: أن كلّ ما جاز إثباته بشهادة شاهدين، جاز إثباته بإقراره مرّةً واحدةً؛ الدليل عليه: المال؛ ولأنا لو لم نوجب عليه القطع بالمرة الأولىٰ، استقر به الضمان، فلم يجب القطع بالإقرار الثاني؛ لأن الأخذ الذي يستقر به الضمان لا يُقطع فيه كالغصب.

وجه قول أبي يوسف: أنه حدٌّ، فوجب أن يعتبر عدد الإقرار فيه بعدد شهوده، كحدّ الزنا.

قال: فإن أقرّ أنه سرق من فلانٍ الغائب سرقةً قيمتها عشرة دراهم، لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد حتىٰ يحضر المسروق منه يطالب بها، فيقطع.

وقال أبو يوسف: أقطعه.

---

(١) انظر: الأصل ٧/٢٦٧؛ مختصر القدوري ص٤٧٨.

وجه قولهما: (**ما روي أن سمرة قال للنبي ﷺ: إني سرقت بعيرًا لآل فلان، فأنفذ النبي ﷺ، فسألهم، فقالوا: [إنا] فقدنا بعيرًا لنا في وقت كذا، فقطعه**[1]).

فلولا أن القطع يقف على مطالبتهم، لم يكن للمسألة معنى.

ولأن كلّ من في يده شيءٌ، فالظاهر أنه ملكه، فإذا أقرّ به لغيره، لم يحكم بزوال ملكه عنه حتى يصدّقه المقَرّ له، والغائب يجوز أن يُصدّق فيه، ويجوز أن يُكذب، فبقي الشيء على حكم ملك السارق، فلم يجز أن يقطع فيه.

لأبي يوسف: [أنه أقرّ][2] بوجوب الحدّ، فجواز أن يكذبه الغائب لا يمنع من إقامة الحدّ (عليه، أصله: إذا أقرّ بالزنا بامرأةٍ غائبةٍ، يجوز أن تحضر فتدعي شبهةً، ثم لا يمنع ذلك من إقامة الحدّ)[3] في الحال.

قال: وإذا شهدت الشهود: أنه سرق من فلان الغائب عشرة دراهم، لم يقطع حتى يحضر المسروق منه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

قال محمد: وأحبسه؛ لأنه من أهل التهمة والدعارة، ويجب أن يكون هذا قولهم؛ لأن البينة لا تقبل إلا لمدَّعي المال، فغيبة المسروق منه تمنع من سماع البينة التي لا مدّعي لها؛ وإنما حبس لأنهم يشهدون بما يوجب التهمة، وقد روي: (**أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمةٍ**[4]).

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٨٨)، ولكن من حديث عمرو بن سمرة بن حبيب وليس من حديث سمرة، وفي إسناده عبد الله بن لهيعة، وهو ضعيف. وانظر: مصباح الزجاجة (٣/١١٢).

(٢) في أ (أنه لو أقر)، بزيادة (لو)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٣٠)؛ والترمذي (١٤١٧) وقال: «حسن»؛ والنسائي (٤٨٧٥).

قال محمد: لو قال رجلٌ: سرقْتُ هذه الدراهم، ولا أدري لمن هي، أو قال: سرقْتُها ولا أخبرك[1] مَنْ صاحبها، فإنه لا يقطع؛ وذلك لأنه أقر لغير معيّنٍ، والإقرار لغير المعين لا يتعلّق به حكمٌ، فبقيت الدراهم على حكم ملكه، فلم يقطع فيها.

وقال أبو حنيفة في رجلٍ ادعى على رجلٍ سرقةً، فأنكر: إنه يستحلف، فإن أبى أن يحلف، لم يقطع، وضمن المال؛ وذلك لأن دعوى السرقة يشتمل على وجوب الرد والقطع، والمال يستحلف فيه، والقطع لا يستحلف فيه، فوجب أن يستحلف لأجل المال، فإن نكل عن اليمين، فنكوله يقتضي وجوب المال والقطع، والمال يستوفى بالبدل، والقطع لا يستوفى به؛ فلذلك ثبت أحدهما دون الآخر.

قال: ولو أقَرَّ بذلك إقرارًا، ثم رجع عن إقراره وأنكر، لم أقطعه، وضمّنته المال؛ لأن الرجوع يقبل في الحُدُود، ولا يقبل في المال الذي هو حقّ الآدميّ، وإقراره يضمن الأمرين، فإذا رجع، سقط ما يسقط بالرجوع، وبقي ما لا يسقط.

قال: ولو شهدت شهودٌ على سرقةٍ بعد حينٍ، لم يقطع، وضمن المال؛ وذلك لما روي عن عمر أنه قال: (**أيما شهودٌ شهدوا بحدٍّ لم يشهدوا عند حضرته، فإنما هم شهود ضغنٍ، لا تقبل شهادتهم**[2])؛ ولأن حدّ السرقة يثبت لحقّ الله تعالى كحدّ الزنا، وقد بيّنا: أن تأخير الشهادة يُسقِط حدّ الزنا، فكذلك حدّ السرقة، وإذا سقط الحدّ، وجب المال؛ لأن المال لا يسقط بالتأخير، والحدّ يسقط به.

---

(١) في ب (ولا أعلم).
(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٧٦٠)، والبيهقي في الكبرى (٢٠٣٨٤)




وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في عبدٍ لرجل محجور عليه في يديه ألف درهم، فقال سرقتها من هذا الرجل، وقال المولىٰ: الألف لي، قال: أقطع العبد، ولا أصدق المولىٰ.

وقال أبو يوسف: أقطع العبد وهي للمولىٰ.

وقال محمد: لا أقطعه، وهي للمولىٰ، وهو قول زفر.

وقال محمد في إملائه بمثل قول أبي حنيفة إذا كان العبد [المقرّ] مأذونًا [له] في التجارة.

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف مثل روايته في الجامع [الصغير].

وقال بِشْر بن الوليد في نوادره عن أبي يوسف: في عبدٍ أقرّ أنه سرق من هذا الرجل عشرة دراهم بعينها، قال: كان أبو حنيفة يقول: لا أقطعه؛ لأن ما في يده لمولاه، وإن كان استهلكها قطعته.

ثم رجع عن ذلك وقال: أرأيت إن كانت ألفًا فاستهلك خمسمائة، وفي يده خمسمائة، كيف أقطعه بما استهلك، وأجعل هذا لمولاه، فقال: أقطعه في الوجهين [جميعًا]، مستهلكةً كانت أو قائمةً.

قال [الشيخ] أيده الله تعالىٰ: وجملة هذا: أن المأذون إذا أقرّ بسرقةٍ، قطع ودفع المال إلىٰ المسروق منه.

وقال زفر: يدفع المال إلىٰ المُقِرِّ له ولا يقطع.

وجه قولهم: أن العبد غير متهمٍ علىٰ نفسه في الإقرار بالحدّ ولما يلحقه فيه




من الضرر، فصار فيها كالحرّ؛ ولأن هذا المعنى[1] لا يملكه المولىٰ منه، فصار العبد فيه كالأحرار [كالطلاق]. [٣٧٢/أ]

وجه قول زفر: أن هذا الإقرار تضمن إتلاف رقبته، وهي مالٌ للمولىٰ، وإقرار العبد بإتلاف مال مولاه لا يقبل.

فأما المحجور إذا أقرّ بسرقة مال بعينه[2]، فوجه قول أبي حنيفة: أن إقرار العبد بالحدّ جائزٌ، فلا يخلو: إما أن يقطعه في المال المقرّ به بعينه، ويردّه علىٰ المسروق منه، أو علىٰ المولىٰ، أو يقطعه في غيره، أو لا يقطعه. ولا يجوز أن نسقط القطع؛ لأنا قد دللنا علىٰ وجوب الحدّ عليه بإقراره، خلاف زفر، ولا يجوز أن يقطعه ويحكم بالمال للمولىٰ؛ لأن قطع العبد في مالٍ محكوم به لمولاه لا يجوز، [ولا يجوز أن يقطعه في مالٍ بغير عينه؛ لأنّ هذا خلاف ما أقرّ به، فلم يبق إلا أن يقطع ويدفع المال إلىٰ المسروق منه.

وجه قول أبي يوسف: أنّ إقراره بالحدّ جائزٌ، وإقراره بالمال لا يجوز]، فيحكم بما يجوز إقراره به دون ما لا يجوز، كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن هناك أفرد المال عن القطع، وذلك جائز، وهاهنا يفرد القطع عن المال، وذلك لا يجوز.

وجه قول محمد: أن إقرار المحجور بالمال لا يجوز، فإذا لم ينفذ إقراره في المال، بقي علىٰ حكم ملك المولىٰ، فلم يجز إيجاب القطع فيه.

---

(١) في ب (المولىٰ). خطأ.

(٢) في ب (لا يقبل كالمحجور إذا أقر بسرقة مال بعينه).

وليس كذلك المأذون؛ لأن إقراره بالمال جائز، فإذا صَحَّ إقراره بالمال، تبعه القطع.

قال بشر: سمعت أبا يوسف قال: في رجلٍ أقام بيّنةً علىٰ عبدٍ أنه سرق منه، قال: لا أقطع يده حتىٰ يشهد مولاه إن كان غائبًا، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

ثم قال بعد ذلك: أقطعه وإن كان غائبًا.

وقال محمد في إملائه عن أبي يوسف: إنه إذا قامت بيّنة علىٰ عبد بحد أو قصاص، وهو يجحد ذلك، قضي عليه وإن كان مولاه غائبًا، بمنزلة الإقرار.

وجه قولهما: أن هذه البينة يتعلّق بها استحقاق جزء من العبد، فصار كالبينة بملك شيء من رقبته، فلا يقضىٰ بها مع غيبة المولىٰ.

وجه قول أبي يوسف: أن العبد في الحدود كالأحرار، بدلالة أنه يجوز إقراره بها مع جحود المولىٰ، والحر لا يقف سماع البينة عليه علىٰ حضور غيره، [فكذلك العبد]

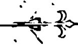
قال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة: في الطرّار[1] إن طرّ الصرّة وهي خارج [الكمّ]، لم يقطع، وإن أدخل يده في الكمّ فطرّها، قطع.

وقال أبو يوسف: هذا كله سواء، يقطع، وكذلك رواه ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ـ يعني: كرواية الجامع ـ، وقال[2]: قال أبو يوسف: هما سواءٌ، وعليه القطع.

---

(١) «الطَّرّار: الذي يطر الهمايين أي: يشقها ويقطعها». المغرب (طرر).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

وكان أبو بكر يفسر هذه المسألة فيقول: إن الدراهم إذا كانت بعد حلّ رباطها، تكون على ظاهر الكم، لم يقطع الذي طرّها؛ لأنه أخذها من غير حرزٍ، فإن كانت إذا حلّ الرباط[1] حصلت في داخل الكم، فهو أخذ من حرزٍ، فيقطع.

وقال ابن أبي مالك: كان أبو يوسف يفسر لنا قول أبي حنيفة فيقول: إذا كانت مصرورةً من خارج الكمّ، فطرّها من خارجٍ، قطعته، وإن كانت الصرّة داخل الكمّ، لا يقطع إلا أن يكون أدخل يده الكمّ فأخذها[2].

ووجه ذلك: أنها إذا كانت على ظاهر الكمّ، فحرزها الرباط، فإذا أخذها، فهي ككيسٍ معلّقٍ على ظاهر الكمّ، فيجب عليه القطع، فإذا كانت في داخل الكمّ، فهي محرزةٌ بالكمّ، فما لم يهتك الحرز بإدخال يده فيه، لا يقطع.

لأبي يوسف: أن الرباط حرزٌ لها، فإذا أخذها فليس بأكثر من أخذ الدراهم موضوعةً بين يديه، أو بقربه، فيجب عليه فيها القطع.



(١) في ب (إذا حلت).

(٢) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٤.




بَابُ
قُطَّاع الطريق(١)



قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ الآية: [المائدة: ٣٣].

والمحاربون المذكورون في الآية(٢) عند أبي حنيفة رضي الله عنه: هم القوم الذين يجتمعون ولهم مَنَعَةٌ بأنفسهم ممن أرادهم، يحمي بعضهم بعضًا، ويتناصرون [على] ما قصدوا له، ويتعاضدون عليه، وسواء كان امتناعهم بحديد، أو بعُصِيّ أو خشب، أو حجارة، ويكون قطعهم الطريق على المسافرين في دار الإسلام من المسلمين، أو من أهل الذمة دون غيرهم.

وهذه الشروط إذا اجتمعت، صاروا محاربين.

---

(١) القطع لغة: من قطع الشيء قطعًا: فصل بعضه عن بعض وأبانه.
وقطع الطريق: أخافه بالتلصص فيه، وسُمي قاطع الطريق بذلك؛ لامتناع الناس من سلوك الطريق خوفًا منه، فكأنه قطعه حقيقة.
وحَرَبه بالحربة: طعنه بها، وحَرَبه حَرْبًا: سلبه جميع ماله، وحَرَبه حربًا: أخذ جميع ماله، وحاربه محاربة وحِرَابًا: قاتله، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾. انظر: المعجم الوسيط (قطع، حرب).
واصطلاحًا: هي البروز لأخذ مال، أو لقتل، أو لإرعاب، اعتمادًا على الشوكة، مع البعد عن الغوث. كما في مغني المحتاج ٤/١٨٠.
وعرّفه البعض: «قطع الطريق، وإشهار السلاح، والصيال على من مرّ فيه خارج المدن، وقال بعضهم: أو داخلها». كما في معجم لغة الفقهاء (قطع).
(٢) (المذكورون في الآية) سقطت من ب.

وهم أيضًا محاربون عند زفر، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن.

والأصل في حدّ قطاع الطريق[1]: هذه الآية، وقد تكلم الناس في معناها، فمنهم من قال: إن قوله: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾، المراد به: يحاربون أولياء الله، وأولياء رسوله؛ لأن الله تعالىٰ يستحيل أن يُحارَب، ولكنهم لما حاربوا أولياءه، حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه.

وقيل: إن المراد بالآية: أنهم في حكم المحاربين لله؛ لأنهم تحزّبوا وامتنعوا وتظاهروا بخلاف أمره، فصاروا في حكم المحارب له، وهذا اتساع في الكلام.

وهو كقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يُشَآقِّ ٱللَّهَ﴾ [الحشر: ٤]، وهذا مجاز؛ لأن المشاقّ من كان في شقٍّ، والآخر في شقٍّ، وهذا لا يوصف به الله تعالىٰ، وإنما هو استعارةٌ.

وقد قال أصحابنا وجميع الفقهاء: (إن الآية تتناول المسلم والكافر، وهو قول السلف، ومن المتأخرين من قال)[2]: إن الآية خاصةٌ في المرتدين، وهذا فاسدٌ؛ لأن قتل المرتد لا يقف علىٰ المحاربة، ولا علىٰ إظهار الفساد في دار الإسلام، ولا يجوز أن يقتصر به علىٰ قطع اليد، ولا علىٰ النفي، والآية تقتضي ذلك.

ولأن الآية تقتضي سقوط الحدّ بالتوبة قبل القدرة، والمرتد يسقط حده بالتوبة قبل القدرة وبعدها، فدل أن الآية لا تعلّق لها بالمرتدين[3].

---

(١) وهكذا سمّىٰ الشافعي في الأم: (حد قاطع الطريق) ص ١٢٤٦؛ ولا يوهم هذا بأنه حد مستقل عن (حد الحرابة)، والآية المستشهد بها ابتداءً يدل علىٰ ذلك؛ إذ قال المؤلف بعد سطرين: (إنهم في حكم المحاربين لله تعالىٰ؛ لأنهم تحزَّبوا وامتنعوا وتظاهروا بخلاف أمره، فصاروا في حكم المحارب، وهذا اتساع في الكلام).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص٥٣٦ ـ ٥٣٨.

والذي روىٰ أنس: أن العُرَنِيِّيْن لما دخلوا المدينة، قال لهم النبي ﷺ: «**انطلقوا إلىٰ ذَودِنا فاشربوا أبوالها وألبانها، فمضوا**»، فلما صحّوا قتلوا راعي النبي ﷺ، واستاقوا الذود، فبعث النبي ﷺ في طلبهم، فأُتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمّل عيونهم، وألقاهم في الحَرَّة، فنزلت الآية[1]، فلا دلالة فيه؛ لأن هذا الحكم فعله رسول الله ﷺ قبل نزول الآية، ثم نزلت الآية من بعد وجوب القطع والقتل والصلب، ويستحيل أن يقطع بالآية من قد قطع [قبل نزولها]، ولم ينقل أنه صلبهم، فدلّ علىٰ أن حكم العُرَنِيِّيْن لم يكن مستفاداً من الآية.

وقد روىٰ الكلبي عن [أبي صالح عن] ابن عباس: أن الآية نزلت في أصحاب أبي برزة الأسلمي، وكان موادعًا للنبي ﷺ، فخرج قومٌ إلىٰ النبي ﷺ [أسلموا]، فقتلهم أصحاب أبي برزة وأخذوا مالهم، فنزلت هذه الآية[2].

وهذا لا يوجب الاقتصار بحكمها علىٰ الكفار؛ لأن الحكم عندنا بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

واختلف العلماء في الأحكام المذكورة في الآية، فقال أصحابنا: إنها علىٰ الترتيب، فمن خرج منهم، فأَخَافَ السبيل ولم يَقْتُلْ ولم يأخذ مالاً نفي، ومن أخذ مالاً قُطِعَتْ يده اليمنىٰ ورجله اليسرىٰ، ومن قَتَلَ ولم يأخذ المال قُتل، ومن قَتَلَ وأخذ المال، فالإمام مخيّر فيه: إن شاء قطع يده ورجله وصلبه، [وإن شاء صلبه، وإن شاء قتله ولم يقطع يده ورجله وصلبه]، وإن شاء لم يصلبه.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: لا أعفيه من الصلب.

---

(١) البخاري (٤٣٣٤).

(٢) ذكره الجصاص في أحكام القرآن (٤/٥٣).

وقال [٣٧٢/ب] محمد: أقتله ولا أقطعه[١].

وقال مالك: الحكم على التخيير، فيجوز للإمام أن يقتل من خرج (ولم يأخذ مالاً)[٢] ولم يقتل نفسًا، وهو قول سعيد بن المسيب.

وروى الحجاج بن أرطأة، عن عطيه العوفي، عن ابن عباس: أن الحدّ على الترتيب[٣]، مثل قولنا، وهو قول إبراهيم[٤].

والدليل على ذلك: أن الله تعالى خيّر في ظاهر اللفظ بين الأشياء الأربعة، فظاهر [الآية][٥] لو كانت على التخيير، لاقتضت أن للإمام أن يقتصر على النفي في حدّ القاتل الآخذ للمال، وهذا لا يقوله أحدٌ، فثبت أن الآية لم[٦] تتضمّن التخيير.

ولأن الخارج إذا لم يأخذ مالاً ولم يقتل، فإنما همّ بالمعصية، وذلك لا يوجب القتل، كالعزم على سائر المعاصي.

وإذا ثبت أن الآية ليست على التخيير، ففيها فعلٌ مضمرٌ في كلّ حكمٍ، فكأنه [تعالى] قال: [أن] يُقتلوا إن قَتَلوا، أو يُصْلَبُوا إن قَتَلُوا وأخذوا المال، أو

---

(١) انظر: الأصل ٢٨٥/٧، ٢٨٦؛ الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٩٨؛ مختصر القدوري ص٤٨٤.

(٢) سقطت من ب.
انظر: المدونة ٢٩٨/٦؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٣٩٢.

(٣) البيهقي في الكبرى (١٧٠٩٠).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢٩٠١٦).

(٥) في أ (اللفظ)، المثبت من ب، والسياق يقتضيه.

(٦) سقطت هذه الكلمة من ب.




تُقَطَّعَ أيديهم وأرجلهم إن أخذوا المال، أو يُنْفَوْا من الأرض إن أخافوا.

وإذا ثبت أنها على الترتيب قلنا: (إنْ أخذ المال، قُطع؛ لأن)[1] أخذ المال يتعلّق به القطع في غير قاطع الطريق، فغلّظ في قاطع الطريق بقطع الرجل.

وإن قَتلوا، قُتِلوُا؛ لأن القتل يتعلّق به القتل، وغلّظ ذلك في قاطع الطريق بأن صار القتل حتمًا لا يجوز العفو عنه.

وإن قتلوا وأخذوا المال، كان للإمام أن يجمع عليهم القطع والقتل عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك لأن حدّ قاطع الطريق يجب بمعنى واحد وهو المال، ألا ترى أنه إنما يَقْتُلُ ليتمكّن من أخذ المال، والحدّ إذا تعلّق بسببٍ واحدٍ، لم يدخل بعضه في بعضٍ كالجلَدَات في الزنا.

ولا يقال: لو كان كذلك، لم يجز للإمام أن يقتصر على القتل؛ لأنه إنما يقتصر عليه؛ لأن الترتيب غير مأخوذٍ عليه في الحدّ، فإذا بدأ بالقتل، سقط القطع حكمًا؛ لاستحالة استيفائه بعد الموت، وصار كالزاني إذا جُلِد بعض الجلدات فمات، سقط بقية الحدّ عنه حكمًا.

وجه قول محمد: أن النفس وما دون النفس إذا اجتمعا لحقّ الله تعالى، دخل ما دون النفس في النفس، كالسارق إذا زنى وهو مُحْصَنٌ.

وأما الصَّلْبُ، فالإمام مخيّرٌ فيه عندنا؛ لأن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه صَلَبَ العُرَنِيِّين؛ ولأنه صفة في القتل، وصفات القتل لا تكون شرطًا.

لأبي يوسف: أن الله تعالى نصّ على الصلب، كما نصّ على القتل، فلم

---

(١) سقطت من ب.

يجز إسقاط واحدٍ منهما، كما لا يجوز إسقاط الآخر.

واختلفوا في كيفية الصلب، فذكر أبو الحسن عن أبي يوسف: أنه يصلب حيًّا ثم يُبعج برمح حتىٰ يموت، وذكر الطحاوي: أنه يصلب بعد القتل(١).

والصحيح: ما حكاه أبو الحسن، ووجهه: أن الصلب يفعل علىٰ وجه(٢) الزجر والردع، وذلك لا يكون بعد الموت.

ووجه قول الطحاوي: أن الصلب حيًّا مُثلةٌ، وقد نهىٰ ﷺ عن المثلة(٣)؛ ولأنه يؤدي إلىٰ التعذيب في القتل، وذلك ممنوعٌ منه(٤).

وقد قالوا: إن الإمام يصلبه ثلاثة أيام ثم يخلي بينه وبين أهله؛ لأنه يتغير بعد الثلاثة، فيستضر به الناس؛ ولأن المقصود منه الزجر واشتهار حاله، وهذا المعنىٰ يكتفىٰ به بثلاثة أيام.

فأما النفي المذكور في الآية: فهو أن يؤخذ فيحبس حتىٰ يحدث توبةً، وقال الشافعي: يُطلَب في كلّ بلدٍ(٥).

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾، فلا يخلو: أن يكون المراد به النفي من جميع الأرض، (أو من بعضها، ولا يجوز أن

---

(١) فقال الطحاوي: «والصلب المذكور في آية المحاربة التي أخذ هذا الحكم منها: هو الصلب بعد القتل في قول أبي حنيفة ﷺ، وبه نأخذ...». مختصر الطحاوي ص٢٧٦.
(٢) في ب (علىٰ طريق).
(٣) البخاري (٣٩٥٦).
(٤) في ب (والتعذيب في القتل ممنوع منه).
(٥) انظر: الأم ص١٢٣١.

يكون المراد النفي من جميع الأرض)[1]؛ لأن هذا لا يمكن مع بقاء الحياة، ولا يجوز أن يكون المراد به النفي من المكان الذي قطع فيه؛ لأن الغرض أن تصرف أذيته عن المسلمين، فلو نفيناه إلىٰ بلدٍ آخر، لا ستضر به الناس هناك، والإمام مأمورٌ بدفع الضرر عن جميع الناس.

ولا يجوز أن يكون المراد به النفي من دار الإسلام؛ لأن إخراجه إلىٰ دار الحرب تعريضٌ له بالردّة، وأن يصير حربًا للمسلمين، وهذا لا يجوز.

فلم يبق إلا أن يكون المراد به النفي من جميع الأرض، إلا مكان الحبس[2]، وقد قيل: لمن حبس إنه أُخرج من الأرض، قال الشاعر[3]:

خرجنا من الدنيا ونحن مِن أهلها ❁ فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتىٰ
إذا جاءنا السَّجَّان يومًا لحاجةٍ ❁ فرحنا[4] وقلنا: جاء هذا من الدنيا

ولأن الحبس قد ثبت في العقوبات علىٰ وجه التعزير، ولم يثبت الصلب علىٰ وجه التعزير، فكان إثبات ما له نظيرٌ أولىٰ.

فأما قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [المائدة: ٣٤]، فقد دل علىٰ أن قاطع الطريق إذا تاب قبل ثبوت اليد عليه، سقط عنه الحدّ، وإن تاب بعد ثبوت اليد عليه لا يسقط الحدّ عنه، كما لا تسقط الحدود بالتوبة.

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (النفي من جميع الأماكن إلا الحبس).
(٣) هو صالح بن عبد القدوس المتهم بالزندقة كما في معجم الأدباء لياقوت (١/٤٢٣)
(٤) في المبسوط للسرخسي هنا (عجبنا) بدل (فرحنا) ٩/١٣٦.

وقد روى الشعبي عن سعيد بن قيس: أن حارثة بن بدر قطع الطريق ثم تاب قبل أن يقدر عليه، فكتب علي بن أبي طالب رضوان الله عليه إلى عامله بالبصرة: (**وأن حارثة بن بدر خرج محاربًا لله ولرسوله، ثم تاب وأصلح قبل أن يقدر عليه، فلا يُتعرض له إلا بخيرٍ**[١]).

وأما الكلام في صفة المحارب المستحق للحدّ: فهو الخارج إذا كان له منعةٌ وشوكةٌ؛ لأنه إنما فارق السارق بهذا المعنى.

ومن خرج في غير مصر بسلاح أو خشب، فامتنع وقدر أن يدفع عن نفسه، فقد حارب [وإن] انفرد باليد[٢]، فيجري عليه الحدّ.

فأما من فعل ذلك في المصر، فإن الحدّ لا يجري عليه عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجري عليه الحدّ.

وجه قولهما: أن الخارج في المصر، يلحقه الغوث في الغالب، فلا يتمكن من المغالبة، فصار في حكم السارق.

لأبي يوسف: أن هذا حدٌّ، فلا يختلف بالمصر وغير المصر، كسائر الحدود.

وكان أصحابنا يقولون: إنما أجاب أبو حنيفة على ما شاهد في زمانه؛ لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح، فلا يتمكّن قاطع الطريق من مغالبتهم في المصر، فأما الآن، فقد ترك الناس هذه العادة، فأمكن أن يتغّلب قاطع الطريق في الأمصار، ولا يدفعون، فإن الحدّ يجري عليهم.

---

(١) ابن أبي شيبة (٣٢٧٨٩)

(٢) الزيادة في ب.

وعلىٰ هذا، قال أبو حنيفة في من قطع الطريق بين الحيرة[1] والكوفة: إنه لا يجري عليه الحكم؛ لأن الغوث في زمانه كان يلحق في ذلك الموضع[2]؛ لاتصال المصر، فأما الآن فقد صار ذلك كالبريّة، فيجري فيه أحكام قطاع الطريق.

وإنما قال: إن قاطع الطريق يستوي فيه الامتناع بالخشب أو السلاح؛ لأن المعنىٰ يوجد بهما جميعاً: وهو التغلّب والامتناع.

وإنما خصّه بدار الإسلام؛ لأن الحُدُوْدَ إذا وُجِدَتْ أسبابها في دار الحرب، [٣٧٣/أ] لم يستوفها الإمام في دار الإسلام.

وإنما خصّ بذلك من قَطَعَ علىٰ المسلمين وأهل الذمة؛ لأن مال كل واحد منهم حَظْرٌ علىٰ التأبيد.

وأما المستأمن فماله محظور حظرًا مؤقتًا، فلا يتعلّق به الحدّ، كما لا يتعلّق به القطع في السرقة.

قال: وسواء منهم من باشر القتل وأخذ الأموال، ومن لم يباشر، وكان ردءاً لهم دافعًا، فالحكم فيهم كلهم سواء، ما لزم المباشر فهو لازمٌ لغيره ممن كان مُعينًا لهم؛ وذلك لأنه حكمٌ يتعلّق بأخذ مالٍ علىٰ وجه المحاربة، فيستوي فيه المعين والمباشر كالغنيمة؛ ولأن المقصود من قطع الطريق ليس هو المباشر، وإنما هو التمكين، وهذا المعنىٰ موجودٌ في الرَّدْءِ.

وذكر أبو يوسف: في قطاع الطريق في المصر إن قاتلوا نهارًا بسلاح، أجري

---

(١) الحيرة ـ بالكسر ثم السكون ـ: مدينة كانت علىٰ ثلاثة أميال من الكوفة علىٰ موضع يقال له: النجف، وزعموا أن بحر فارس كان يتصل به. انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي ٣٢٨/٢.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

عليهم الحكم، فإن خرجوا بخشبٍ لم يجر عليهم الحكم.

فإن قاتلوا ليلاً بسلاحٍ أو خشبٍ، فهم قطاع طريقٍ؛ وذلك لأن المقاتل [بالنهار] بالسلاح إلىٰ أن يدركه الغوث يأتي علىٰ من خرج عليه، وإذا كان بخشب أدركه الغوث قبل أن يأتي عليه.

فأما الليل، فإن الغوث [فيه] يقلّ، فيأتي عليهم بالأمرين جميعًا، فلذلك استويا(١).

قال: وما وجب علىٰ قاطع الطريق من قَتْلٍ أو قَطْعٍ أو صَلْبٍ، فذلك إلىٰ الإمام، ليس إلىٰ الأولياء منه شيءٌ، ولا إلىٰ أرباب الأموال، طالب الأولياء به أو لم يطالبوا، عفوا عنه أو لم يعفوا، أبرؤوا منه أو صالحوا عليه، فذلك كله مردودٌ يتولىٰ الإمام إقامة ذلك عليهم لله تعالىٰ؛ وذلك لأن القتل والقطع إنما يثبت علىٰ طريق الحدّ، والحدود ثبتت لحق الله تعالىٰ، فلا يؤثر فيها عفو الآدميّ ولا صلحه.

قال: وليس للإمام [أيضًا] إذا ثبت ذلك عنده تركه، ولا إسقاطه، ولا العفو عنه؛ لما روي عنه ﷺ أنه قال: «ما ينبغي لوالي حدٍّ أُتي في حدٍّ من حدود الله إلا إقامته»(٢).

وروي أنه قال: **«تعافوا الحدود فيما بينكم، فإذا رفعت إلىٰ الإمام فلا عفا**

---

(١) في ب (فلذلك استوفي).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣٩٧٧)؛ وأبو يعلىٰ في المسند (٥١٥٥)؛ والطبراني في الكبير (٨٥٧٢)؛ من حديث ابن مسعود ﷺ، وفي إسناده أبو ماجد الحنفي ضعيفٌ. انظر: مجمع الزوائد (٦/٢٥٧)

الله عنه إن عفا»[١].

قال: وإنما يجري الحدّ في قاطع الطريق إذا كان ما أخذه من المال يصيب كلّ واحدٍ منهم عشرة دراهم فصاعدًا.

وقال الحسن بن زياد: عشرون فصاعدًا.

وقال عيسىٰ بن أبان: إذا قتلوا، أجري عليهم القتل حدًّا وإن كان ما أخذه كل واحد منهم أقل من عشرة.

[والوجه][٢] في اعتبار النصاب: أن هذا الحدّ إنما وجب صيانةً للأموال، ألا ترىٰ أن قطاع الطريق لا يخرجون للقتل، وإنما يخرجون لأجل الأموال، وإنما يقتلون ليتمكنوا من [أخذ] المال، والحدّ الذي يجب بأخذ المال يعتبر فيه نصاب مقدر في حقّ كلّ واحدٍ من المشتركين كالسرقة.

وجه قول الحسن: أن في السرقة يُقطع طرفٌ واحدٌ لسرقة عشرة، فإذا كان في قطع الطريق[٣]، قَطْعُ الطَّرفين، شُرِطَ فيه نصابان.

وأما عيسىٰ، فإنه يقول: إن القطع في قاطع الطريق يجب بأخذ المال، والقتل بالقتل، ومعلومٌ أنهم لو أخذوا المال ولم يقتلوا، أجري عليهم حدّ القطع، كذلك إذا قتلوا ولم يأخذوا المال، أجري عليه حدّ القتل.

قال: وما يسقط الحدّ في السرقة والحدود من الشبهة، فهو يسقط ما يلزم

---

(١) الدارقطني في السنن (٣/٢٠٤)؛ وقال الزيلعي في نصب الراية: «ضعفه ابن القطان» (٣/٢٧٠).

(٢) في أ (والواجب)، والمثبت من ب.

(٣) (قطع الطريق) سقطت من ب.

من حدود المحارب ؛ وذلك لما بيّنّا: أنها عقوبة تجب لحقّ الله تعالىٰ ، فتؤثر فيها الشبهة كسائر الحدود.

قال: وإذا كان في المحاربين ذُوْ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من المقطوع عليهم ، لم يقطع واحد منهم.

وكان أبو بكر الرازي يقول: هذه المسألة محمولة علىٰ أن المقطوع عليهم مشتركون في مالٍ واحدٍ ، وفي قطاع الطريق ذُوْ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من أحدهم ، فلا يجري الحدّ علىٰ الباقين ؛ لأن مال ذي الرحم كمال أخيه القاطع في باب الحدّ ، فصار كجماعةٍ قطعوا علىٰ مالٍ مشتركٍ بين أحدهم وبين المقطوع عليهم.

فأما إذا كان لكلّ واحدٍ منهم [مالٌ] منفردٌ ، فإن الحدّ يجري عليهم ؛ لأن الآخذ من ذِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ(١) لا يتعلّق به حدٌّ ، والآخذ من غيره يتعلّق به الحدّ ، وهو أخذٌ منفردٌ ، فيصير كجماعةٍ سرقوا من أجنبيٍّ ، وسرقوا من حرز آخر مالاً يشارك فيه أحدهم ، أو لذي رحمٍ محرمٍ من أحدهم.

قال: وإذا كان في المحاربين صبيٌّ أو مجنونٌ ، سقط الحدّ عند أبي حنيفة وزفر عن جماعتهم.

وقال أبو يوسف: إن باشر الأخذَ والقتلَ الصبيُّ والمجنونُ ، فلا حدّ علىٰ الباقين ، وإن باشر العقلاء ، حُدّ الباقون.

وجه قولهما: أن الصبيّ والمجنون لا حدّ عليهما ، وقد يشارك في سبب الحدود وسبب العقوبة ، وإذا شارك فيه من لا تلزمه العقوبة بنفس الفعل ، لم

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

يجب على الباقين، كالمخطئ والعامد إذا اشتركا في القتل.

لأبي يوسف: أن الصبي إذا باشر فهو المتبوع، والباقون تبعٌ، فإذا لم يجب الحدّ على المتبوع، فسقوطه عن التبع أولى، وإذا باشر العاقل البالغ، فقد وجب الحدّ على المتبوع، فسقوطه عن التبع لا يمنع.

وإن كان فيهم امرأةٌ، فإن هشامًا قال: سمعت محمدًا يقول: في عشرة قطعوا الطريق وفيهم امرأةٌ، فَوَلِيَت المرأةُ القتلَ، فقتلت[1] وأخذت مالاً، ولم يفعل ذلك الرجال، فأخبرني: أن أبا يوسف قال: أقتل الرجال، وأصنع بهم ما أصنع بالمحاربين، ولا أقتل المرأة.

وقال محمد: أقتل المرأة إن كانت قتلت، وأضمنها المال[2] إن كانت أخذت مالاً، ولا أقتل الرجال، ولكن أوجعهم ضربًا وأحبسهم.

وروى ابن رستم في نوادره: قال محمد: قال أبو حنيفة في قوم قطعوا الطريق وفيهم امرأةٌ، والذي وَلِيَ القتل منهم امرأةٌ، قال: أدرأ عنهم الحدّ، وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف: أقتل الرجال ولا أقتل المرأة.

وروى ابن سماعة وعلي بن الجعد عن أبي يوسف قال: قال أبو حنيفة: إن كانت معهم امرأةٌ قطعت معهم، أو غلام لم يحتلم، درأت الحدّ عنهم [جميعًا].

وقال أبو يوسف: أدرأ عن المرأة والغلام، وأقيم الحدّ على الرجال إذا اشتركوا.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (وآخذ منها المال).




أما الكلام في إجراء حدّ قطاع الطريق علىٰ النساء، [فالمشهور] من قول أصحابنا: أنه لا حدّ عليهنّ، وذكر الطحاوي في مختصره قال: والرجال والنساء في قطع الطريق سواء[1]، وأنكر ذلك أصحابنا.

فوجه قولهم المشهور: أنه حكمٌ يتعلّق بأخذ مالٍ علىٰ طريق المغالبة والمحاربة، ولا تساوي المرأة فيه الرجال، كالسهم في الغنيمة.

وجه ما قاله الطحاوي: أنه حد، فيستوي في وجوبه الرجل والمرأة كسائر الحدود؛ ولأن الحدّ إن كان للقطع، فذلك يثبت في حق النساء كالسرقة، وإن كان القتل ثبت في حقهن كالرجم.

وإذا ثبت أن الحدّ لا [٣٧٣/ب] [يجب][2] علىٰ النساء، لم يجب علىٰ الرجال؛ لأنه يشاركهم في سبب الحدّ من لا حدّ عليه بنفس الفعل.

وأما أبو يوسف، ففرّق بين المرأة والصبيّ فقال: إن الصبيّ إذا باشر لم يحدّ من لم يباشر، وإذا باشرت المرأة، حُدّ الرجال؛ لأن المرأة من أهل التكليف وتتعلّق الحدود بفعلها، وإنما سقط عنها لمعنىٰ في نقصان محاربتها، فلا يوجب ذلك سقوط الحدّ عن غيرها. وأما الصبي فلا يتعلّق بفعله حدٌّ؛ لعدم التكليف، فيسقط عمن هو تابعٌ.

قال: ويدفع من قتل منهم ـ وهو رجلٌ ليس بمجنونٍ ـ، قتل بحديدة إلىٰ الأولياء، فيقتلون أو يعفون.

وإن كان قتل بعصا أو حجرٍ، كان علىٰ عاقلته الدِّيَة لورثة المقتول.

(١) انظر: مختصر الطحاوي ص٢٧٧.

(٢) في أ (لا يثبت) والمثبت من ب.

وإن كان الذي ولي القتل الصبيّ أو المجنون، كان على عاقلتهما الدية، وإن كانا أخذا الأموال ضَمِنَا؛ وذلك لأن الحدّ إذا سقط بقي حق الآدمي في القصاص والضمان، ألا ترىٰ أن الحدّ في السرقة لحق الله تعالىٰ، فإذا سقط وجب ضمان المال، كذلك إذا سقط الحدّ هاهنا وجب القصاصُ في قتل العمد والديةُ في شبه العمد، ولزم ضمان [المال].

وكذلك إذا تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وقد قَتَلُوْا، وأَخَذُوْا الأموالَ، أو فعلوا واحدًا من الأمرين؛ وذلك لأن الحدّ يسقط بالتوبة قبل القدرة، فيجبُ القتل واستهلاك المال ما يجب في غير المحاربة.

قال: وإن جَاؤُوْا تائبين وقد جرحوا جِرَاحًا، اقتُصّ فيما يقدر علىٰ القصاص فيه، ويضمنون ما أخذوا من الأموال إن كانت مستهلكةً؛ وذلك لأن الحدّ لما سقط بالتوبة صار كالجِرَاح في غير قاطع الطريق.

قال: وإذا أُخِذوا وقُدِر عليهم قبل التوبة، ولم يكن منهم قتلٌ ولا أخذ مالٍ، وقد كانوا أصابوا قومًا بجراحاتٍ، فإنه يقتَصّ فيما يقدرُ علىٰ القصاص فيه، ويضمنون بما لا يقدر علىٰ القصاص فيه، ويستودعون الحبس؛ وذلك لأنهم إذا لم يُصيبوا مالاً ولم يَقْتُلُوا نَفْسًا، فالواجب عليهم التعزير، ولا يدخل فيه الجراح، وإذا قتلوا وأخذوا المال، فالواجب فيه الحدّ، فيدخل الجراح فيه.

قال: فإن أخذهم الإمام غير تائبين، وكان ما أصابوا من الأموال مالاً يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم، وقد كانوا جرحوا وقتلوا، قال: لا يقطعون، ويضمنون المال، ويقتص منهم فيما أصابوا من قتلٍ أو جراحٍ عمدًا وغير ذلك؛ لما بيّنا: أن الحدّ لا يُجرىٰ عليهم إلا بعد كمال النصاب في حقّ كلّ واحدٍ منهم،

فإذا سقط الحدّ، صار كالقتل والجراحة في غير الطريق.

وكذلك إذا سقطت الحدود[1] التي في الآية لمعنىً من المعاني، بتوبةٍ أو بشبهةٍ، بطل عنهم ما كان في الآية من الحدود، ورجعوا في ذلك إلىٰ حكم غير المحاربين، وهذا علىٰ ما قدّمنا.

وذكر حديث الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس في قوله تعالىٰ: ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ﴾، قال: كان هذا فيما بلغنا في حيٍّ من كِنَانة، كان بينهم وبين رسول الله ﷺ حَلْفٌ ومُوَادَعَةٌ[2]، فعمد ناسٌ منهم فقطعوا الطريق علىٰ من يأتي رسول الله ﷺ، فنزل جبريل فيهم بهذه الصفة، وأمر رسول الله صلىٰ الله عليه بطلبهم، وقال: من قدرت عليه منهم، وقد قتل وأخذ المال، فاقتله واصلبه، ومن قدرت عليه منهم وقد قتل ولم يأخذ المال، فاقتله، ومن وجدته وقد أخذ المال ولم يقتل، فاقطع يده ورجله[3]، ومن أعجزك أن تدركه فهو بَهْرَج[4] من نفيه فهذا النفي[5]: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ﴾، فمن جاء منهم تائبًا قبل أن يقدر عليه، هدم الإسلام ما كان منه في الشرك، وكان الله غفورًا رحيمًا[6].

---

(١) في ب (قال: وإذا سقطت الحدود).

(٢) الحِلْفُ: العهد يكون بين القوم، وقد حالفه أي: عاهده.
والمُوَادَعَة ـ من وَدَع ـ: المُصَالَحَةُ. انظر: مختار الصحاح (حلف، ودع).

(٣) إلىٰ هنا في رواية محمد بمعناها وزيادة (من جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان في الشرك). الأصل ٧/٢٨٥ وما بعدها.

(٤) البهرج الباطل والرديء والمباح، ويقال: بُهرِج دمه إذا هدر. انظر القاموس المحيط (بهرج).

(٥) في ب (من لقيه قتله).

(٦) كتاب الآثار لمحمد ص١٣٩؛ وانظر تفسير الآية في تفسير القرطبي ١٠/٢٥٠ وما بعدها (دار المعارف).

وهذا الخبر يدلّ على أن الحدّ على الترتيب، خلاف قول من جعله على التخيير.

وذكر عن علي رضوان الله عليه في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾، قال: كان علي عليه السلام يقضي في الرجل إذا حارب الله ورسوله، وأخذ قبل أن يجيء تائبًا نظر في أمره، فإن لم يجده أصاب مالاً ولا دمًا نفي سنتين، [وإن وجده أصاب دمًا صلب وقتل]، وإن وجده أصاب مالاً جلده دون [جلد] حدّ المملوك، وحرم نصيبه من الفيء سنةً[1].

وهذا يدل من قول علي رضوان الله عليه [على] أن الحدّ يجري على المسلمين؛ لأن الكافر لا حقّ له في الفيء، وذكر عن الليث بن سعد، عن محمد بن عجلان، عن أبي الزناد: أن رسول الله ﷺ لما قطع الذين سرقوا لقاحة، وسمّل أعينهم بالنار، عاتبه الله تعالى على ذلك، فأنزل: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾[2].

وعن ابن سيرين في قصة العرنيين: كان هذا قبل أن تنزل الحدود[3]، وهذا يدل على أن الآية لم تنزل في شأن العرنيين، وأن ما جرى عليهم من الحكم كان بغير الآية[4].



(١) لم أجده.

(٢) البيهقي في الكبرى (١٧٠٨٧)، وهو مرسل.

(٣) البيهقي في الكبرى (١٧٠٨٨)

(٤) انظر: الأصل ٢٨٥/٧ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٣٣٢/٦ وما بعدها.




بَابُ
من له أن يقيمَ الحدودَ



قال محمد في كتاب السرقة: في الأمير يكون بالسواد على طسوج[1] أو رستاق[2]، على معونة أو خراج، يُؤتى بسارق، ويشهد عليه الشهود بالسرقة ويثبتونها [عليه]، قال: ليس [له أن] يقطع، ولا يحكم في الحدود، إنما ذلك إلى أمراء الأمصار والمدن.

والأصل في هذا: أن إقامة الحدود إلى إمام المسلمين؛ لأنها حقٌّ لله تعالى، والإمام هو المنصوب لاستيفاء حقوق الله تعالى، فللإمام أن يستخلف على إقامة الحدّ، ألا ترى أن النبي ﷺ كان يُولي الأمراء، ويجعل إليهم تنفيذ الأحكام وإقامة الحدود؛ ولأن الإمام لا يقدر على استيفاء جميع الحدود بنفسه؛ لأنه مقيم في مكان واحد، والحدّ يجب في أقطار الأرض، فلو لم يستخلف عليها أدّى [ذلك] إلى إبطالها، وهذا لا يجوز.

وإذا ثبت أن له أن يستخلف، فذلك على ضربين:

أحدهما: أن ينصّ على إقامة الحدود، فيجوز لخليفته إقامتها؛ لأنه أذن له في ذلك.

والثاني: أن يوليه ولايةً عامةً، مثل إمارة إقليم، أو بلد عظيمٍ، فيملك هذا

---

(١) «الطسوج: الناحية». القاموس المحيط (طسج).

(٢) «الرستاق: فارسي معرب، ويقال: رسداق، وهو السواد». مختار الصحاح /رستق/.

[المولّىٰ][1] إقامة الحدود وإن لم ينصّ له عليها؛ لأنه فوّض إليه القيام بأمر المسلمين في بلده تفويضًا عامًا، فملك إقامة الحدود، كما يملك النظر في سائر مصالحهم.

وأما إذا وَلَّىٰ رجلاً ولايةً خاصةً، مثل جباية الخراج، لم يملك إقامة الحدود؛ لأنه لم ينصّ علىٰ توليتها، ولا فوّض إليه عموم التصرف، وإنما قلّده أمرًا خاصًا، فوجب أن يختص تصرفه بما فوّض إليه.

قال: في الأمير يستعمل علىٰ الجيش الكثير، فيدخل دار الحرب غازيًا، فيُؤتىٰ بسارق من جُنده، وقد سرق [٣٧٤/أ] مالاً، قال: إن كان أمير مصرٍ من الأمصار، أو مدينةٍ من المدن، فغزا بجنده، فإنه يُقيم الحدود ويقطع السارق، ويقضي في عسكره كما يقضي في مصره ومدينته، وإذا كان ليس بأمير مصرٍ ولا مدينةٍ، وإنما بعثه أمير المصر، أو أمراء[2] المدائن غازيًا، فلا ينبغي لهذا أن يقيم الحدود في عسكره؛ وذلك لأن أمير المصر يملك إقامة الحدود في بلده، فإذا خرج بأهله أو ببعضهم، ملك عليهم ما كان يملك [فيهم][3] قبل الخروج.

وليس كذلك من أخرجه [أمير][4] البلد غازيًا؛ لأنه كان [لا يملك إقامة الحدّود][5] قبل خروجه، ولم يجعل إليه ذلك، ولا فوّض إليه التصرف علىٰ العموم، فلا يملك إقامة الحدّ.

---

(١) في أ (الإمام)، والمثبت من ب.

(٢) في ب (أمير).

(٣) في الأصل (منهم) والمثبت من البدائع ٥٨/٧.

(٤) في أ (من أمراء)، والمثبت من ب.

(٥) في أ (لا يملك منهم إقامة الحدود)، بزيادة (منهم)، وسقطت من ب، والسياق لا يقتضيها.

وقال: في قوم من أهل البغي، قاتلوا المسلمين وباينوهم، وكانوا في عسكرٍ أو في مدينةٍ عظيمةٍ، لهم إمامٌ وحكمهم ظاهرٌ على أهل تلك المدينة والبلاد، والمسلمون وأهل العدل في عسكرٍ عظيمٍ معهم إمامهم، فأتي بسارق قد سرق من العسكر من الجند من أهل السواد(١)، أو من أهل المدينة، عبدًا كان أو حرًا، قال: يقطعه، ويقيم في عسكره الحدود، ويقضي بالقصاص في الأشياء كلها، كما يقضي إذا كان مقيمًا في غير العسكر؛ وذلك لأن الإمام يده ثابتةٌ على جميع دار الإسلام، فسواءٌ كان في مصر أو معسكر، فولايته باقية، فله أن يقيم الحُدُود.

قال: وكذلك إن استعمل قاضيًا؛ لأن الحدود تفتقر إلى سماع الشهادة، والقاضي يملك ذلك، وإذا ملك إثبات الحدّ، ملك الاستيفاء.

قال: فإن جاءه رجل من أهل البغي تائبًا، وأتاه بسارق قد سرق من عسكر أهل البغي، لم يقطعه؛ لأنه سرق في موضع لا يد للإمام عليه فيه، فلم يثبت للإمام حق المطالبة عند السرقة، فلا يثبت له في الثاني.

قال: ولو كان قدم من أهل العدل تجارٌ في عسكر أهل البغي، أو كانوا أسرى في أيديهم، فسرق رجلٌ منهم متاعًا من [رجل](٢)، فلما خرجوا إلى أهل العدل، أخذ السارق، وأقام عليه البيّنة، لم يقطعه الإمام؛ وذلك لأنه سرق في موضعٍ لا يجري فيه حكم الإمام، فصار كالسارق من دار الحرب.

قال: وكذلك لو كان هؤلاء التجار وهؤلاء الأسرى في دار الحرب من أهل الشرك؛ وذلك لأن دار الحرب لا يد فيها للإمام، فلا يستوفي الحُدُود التي وجبت فيها.

---

(١) في ب (السوق).

(٢) في أ (ذلك)، والمثبت من ب.

قال: وكذلك لو أن رجلاً من المسلمين زنىٰ في دار الشرك بامرأةٍ من المسلمين، أو من أهل الشرك، أو شرب في دار الحرب خمرًا، أو فعل ذلك كله في عسكر أهل البغي، ثم أتىٰ به [إمام] أهل العدل، لم يقم عليه الحدّ في شيء من ذلك، وهذا لما قدمنا.

قال: وكذلك رجل من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغي، فسرق، فجاء به أصحاب المسروق منهم إلىٰ إمام أهل العدل، لم يقطعه الإمام؛ وهذا لوجهين: أحدهما: أنه سرق في موضعٍ لا يد للإمام عليه. والثاني: أنه أخذ بشُبهةٍ؛ لأن لأهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغي، فيحبسوها حتىٰ يتوبوا، فيصغرهم بذلك، والأخذ إذا قارنته شبهةٌ، سقط القطع فيه.

قال: وكذلك لو أن رجلاً من أهل البغي، أغار في عسكرٍ من أهل العدل ليلاً فسرق، ثم رجع إلىٰ عسكره ثم أخذ بعد ذلك، فأتي به إلىٰ إمام أهل العدل، لم يقطعه؛ وذلك لأن أهل البغي يستحلّون أموالنا، ولهم دارٌ ينفردون بها، وأحكامهم تجري فيها، فلم يطالبوا بأحكامنا، كما لم يطالب الصحابة بعضهم بعضًا [بما كان] في الفتنة من الدماء والأموال.

قال: ولو أن رجلاً في دار أهل العدل سرق مالاً، وهو ممن يشهد علىٰ صاحبه بالكفر ويستحل ماله ودمه، فسرق منه مالاً، قطعته؛ وذلك لأن هذا من أهل دارنا، سرق من دارنا، ويد الإمام ثابتةٌ عليه، فلو سقط الحدّ بتأويله، لم يقم حدٌّ في سرقة، ألا ترىٰ أن كل سارق يدعي استحلال مال المسروق منه، فيسقط عن نفسه القطع، وهذا لا يصحّ[1].

---

(١) انظر: الجامع الصغير (مع شرح الصدر) ص٣٧٦؛ مختصر الطحاوي ص٢٨٦.

[٦٨] كِتابُ الهبَةِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: الهبة[1] جائزة عند أهل العلم جميعًا.

(قال أيده الله تعالى)[2]: والأصل في جواز الهبة: الكتاب، والسنة، والإجماع.

قال الله تعالىٰ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]، وقال ﷺ: «**تهادوا تحابّوا**»[3]، وأجمع المسلمون علىٰ ذلك.

قال: ولا تملك عند أصحابنا رحمهم الله جميعًا إلا بالقبض، فإذا قبضت بعد القول مُلكت، وما لم تقبض فهي علىٰ ملك الواهب، يجوز [جميع] تصرفه فيها، كما يجوز قبل القول والقبض، له[4] أن يعتق ما وهب قبل القبض، ويبيع ويرهن ويؤاجر ويفعل جميع ما يفعله المالك في ملكه، لا يمنعه ما تقدم من عقد الهبة، وسواء كان الموهوب له في هذا الوجه ذا رَحِمٍ أو أجنبيًا[5].

وقال مالك: يملك الهبة بالعقد من غير قبضٍ[6].

---

(١) «الهبة في اللغة: هي التبرّع.
وفي الشرع: عبارة عن تمليك الأعيان بغير عوض». الجوهرة النيّرة ص٤١٨. انظر: أنيس الفقهاء ص٢٥٥.

(٢) سقطت من ب.

(٣) البخاري في الأدب المفرد برقم (٥٩٤)، وقال العراقي في المغني عن حمل الأسفار (٣٦٨/١): «سنده جيد»

(٤) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٥) انظر: الأصل ٣٥٩/٣ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص٢٧٨.

(٦) انظر: المدونة ١٢٠/٦؛ قوانين الأحكام الشرعية ص٣٩٩.




لنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**يقول الله تبارك وتعالىٰ: يا ابن آدم، تقول: مالي، مالي، ليس [لك] من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت**»[(١)]، فجعل الصدقة [له] إذا قارنها الإمضاء.

وروي عن أبي بكر أنه قال لعائشة في وصيته: (**إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني جددتيه**[(٢)] **ولا قبضتيه، وإنما هو مال الوارث**[(٣)])، فلم يحكم بتمام الهبة لعدم القبض فيها.

وروىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قالا: (**لا تتم الصدقة إلا بالقبض**[(٤)])، وروي مثل ذلك عن ابن عباس ومعاذ بن جبل[(٥)].

والذي روي عن عَلِيّ وعمر أنهما قالا في الصدقة: (**إذا أعلمت جازت**[(٦)])، فمحمول علىٰ صدقة الأب علىٰ ابنه الصغير؛ ولأن الهبة تبرعٌ، والتبرع لا يملك بمجرد القول حتىٰ ينضم إليه غيره كالوصية.

ولأن الهبة تبرع في حال الحياة، والوصية تبرع بعد الموت، فإذا كان أحدهما لا يملك بالقول، فكذلك الآخر.

وإذا ثبت أن الملك يقع بالعقد والقبض، فالعقد من غير قبض كالإيجاب من غير قبول، ومعلومٌ أن إيجاب البيع إذا حصل جاز للبائع أن يتصرف في المبيع

---

(١) أخرجه مسلم (٢٩٥٨).
(٢) من أكثر الروايات (حزيته).
(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٧٥٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ (١١٧٢٨).
(٤) لم أره من هذا الطريق، ورواه عبد الرزاق (١٦٥٠٩) من حديث عمر بمعناه.
(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٦٥٩٥).
(٦) لم أجده.

كما كان يتصرف من قبل (الإيجاب، فكذلك إذا حصل الإيجاب والقبول في الهبة، جاز للواهب أن يتصرف كما كان يتصرف من قبل)(١).

٢٦٩٧ - [فَصْل: رجوع الواهب في الهبة]

قال: [٣٧٤/ب] وللواهب أن يرجع فيها عند أصحابنا جميعًا إذا كان الموهوب له ليس بذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ولا زوج ولا زوجة، ولم [يعوّض](٢) الواهب من هبته شيئًا، وكانت على حالتها في ملك الموهوب له، لم يزد في بعضها(٣) خيرًا، سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له، أو بغيره.

فإذا تغيرت بما ذكرنا، فللواهب أن يرجع فيها في الحكم، ويكره له ذلك فيما بينه وبين الله تعالى.

وقال الشافعي: لا يثبت الرجوع في الهبة إلا فيما وهبه الوالد لولده(٤).

لنا: حديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «**الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب منها**»(٥)، وروي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «**الواهب أحق بهبته، والعائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود فيه**»(٦)، فدلّ هذا على جواز الرجوع، وعلى كراهته.

ولأن التبرع على نوعين: تبرع بالعين، وتبرع بالمنافع ـ وهو العارية ـ فإذا

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في أ (يقبض) والمثبت من ب.
(٣) في ب (نفسها).
(٤) انظر: الأم ص٦٧٨؛ رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص٣٥٩.
(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧): قال ابن حجر في الدراية (٢/١٨٤): «إسناده ضعيف».
(٦) أخرجه البخاري (٢٤٤٩)؛ ومسلم (١٦٢٢).

كان أحد العقدين مقتضاه الرجوع، فكذلك الآخر.

واحتج الشافعي رضي الله عنه بقوله ﷺ: **«لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا فيما وهب الوالد لولده»**(١).

والجواب: أن هذا محمول على الرجوع في الهبة على وجه الابتياع من الموهوب [له]؛ وذلك لأنه يكره للواهب أن يبتاع الهبة من الموهوب له؛ لأنه يستحي منه فيسامحه في ثمنها، فيصير كالراجع في بعضها(٢).

ولهذا روي عن عمر أنه قال: حملت رجلاً على فرس في سبيل الله، فوجدته في السوق [يباع]، فأردت أن ابتاعه، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال لي: **«لا تعد في صدقتك»**(٣)، فدلّ على أنه يكره(٤) له الابتياع، فالرجوع محمولٌ عندنا على هذا الوجه.

وإنما جاز فيما وهبه الأب؛ لأن بينهما مباسطةً تمنع من التوقف عن الاستيفاء، فلم يكره ذلك، ويحتمل أن يكون المراد بالخبر: الرجوع بغير رضا ولا قضاء، وذلك لا يجوز عندنا إلا فيما وهبه الوالد لولده، فإنه يحلّ له أخذه بغير رضًا ولا قضاء إذا احتاج إليه للإنفاق على نفسه.

فإذا ثبت أن عقد الهبة يقتضي الرجوع، قلنا: إذا كانت لذي رحم محرم فلا

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩)؛ والترمذي (١٢٩٩) وقال: «حسن صحيح»؛ والنسائي (٣٦٩٠)؛ وابن ماجه (٢٣٧٧).

(٢) انظر: الأصل ٣/٣٨٨ وما بعدها؛ مختصر القدوري ص٢٧٩.

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٨٠)؛ ومسلم (١٦٢٠).

(٤) في ب (لا يكره)، بزيادة (لا)، وزيادتها خطأ.

رجوع فيها ؛ لأن الثواب حصل بعقدها ، وهو صلة الرحم الكامل ، فصار الثواب كالعوض ، وقد قال النبي ﷺ: «**الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب منها**»[1] ؛ ولأن الولد والوالد بينهما رحمٌ كاملٌ ، فلا يرجع أحدهما فيما وهبه للآخر ، كالأخوين .

وأما ما وهبه كل واحد من الزوجين للآخر ، فلا رجوع فيه ؛ لأن الزوجية أُجريت مجرىٰ القرابة ، بدلالة أنه يتعلّق بها التوارث في جميع الأحوال ، والقرابة الكاملة تمنعُ من الرجوع في الهبة .

وأما إذا عُوض عن الهبة في العقد ، أو بعد العقد فلقوله عليه السلام: «**الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب منها**» ؛ ولأن الواهب إنما يهب ليُعوّض ، ألا ترىٰ أنه لو لم يقصد العوض لتصدّق ، وإذا سلم له العوض ، فقد حصل له المقصود بالعقد ، فيسقط الرجوع .

وأما إذا زادت الهبة زيادة متصلة ، سقط الرجوع ، سواء كانت تلك الزيادة بفعل الموهوب له ، أو بفعل غيره[2] ؛ وذلك لأن الزيادة لم يقع عليها العقد ، فلا يقع عليها الفسخ ، كعينٍ أخرىٰ ، فإذا تعذر الفسخ في الزيادة ولم يكن في الأصل دونها ، سقط الفسخ .

فأما إذا خرجت الهبة من ملك الموهوب له ، سقط الرجوع ؛ لأن اختلاف الملك كاختلاف العينين ، ومعلوم أنه إذا وهب عينًا لم يرجع في عينٍ[3] أخرىٰ ، فكذلك إذا أوجب ملكًا ، لم يفسخ ملكًا آخر .

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧) ، قال ابن حجر في الدراية: «إسناده ضعيف» (٢/١٨٤) .

(٢) في ب (بغير بفعله) .

(٣) سقطت هذه الكلمة من ب .

٢٦٩٨ ـ [فَصل: تملك الصدقة]

قال: والصدقة لا تملك إلا بالقبض بعد العقد ؛ لقوله ﷺ: «**ليس لك من مالك إلا ما تصدقت فأمضيت**»[١] ؛ ولأنه عقد تبرعٍ ، فلا يتم بمجرد القول ، كالوصية.

قال: ولا رجوع في الصدقة بعد قبضها على حال ؛ وذلك لأن الصدقة يُقصد بها الثواب ، وقد حصل ذلك من جهة الله تعالى ، فصار كالعوض إذا سلم من جهة الموهوب له.

٢٦٩٩ ـ [فَصل: هبة وصدقة المشاع]

قال: ولا يجوز هبة المشاع ممّا يقسم ، ولا صدقته ، ويجوز فيما لا يقسم.

وقال الشافعي: يجوز في الجميع[٢].

لنا: ما روي: أن أبا بكر ﵁ قال لعائشة ﵂: (**إني كنت نحلتك جداد عشرين وَسَقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني جددتيه ولا قبضتيه**[٣]) ، فاعتبر أمرين: القبض والحيازة ، وليس هاهنا معنى عن القبض (يعتبر إلا القسمة.

ولأن الهبة لا تملك إلا بالقبض ، والإشاعة مؤثرةٌ في القبض)[٤] ، فإذا قارن سبب الملك ما يؤثر فيه على وجه [لا] يمكن إزالته ، منع من وقوع الملك.

---

(١) أخرجه مسلم (٢٩٥٨).

(٢) انظر: الأم ص٦٧٩ ؛ المنهاج ص٣٢٤ ؛ رحمة الأمة ص١٥٩ (دار الكتب العلمية).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٧٥٢/٢) ؛ والبيهقي في الكبرى (١١٧٢٨)

(٤) ما بين القوسين سقطت من ب.

وليس كذلك ما لا يقسم؛ لأن الحاجة داعية إلىٰ هبة بعضه، ولا[1] يمكن إزالة إشاعته بالقسمة، ثم التسليم بعد ذلك.

ولأن الهبة لو جازت في مشاع يحتمل القسمة، كان للموهوب له أن يطالب الواهب بالقسمة عقيب الهبة، فيلزمه أجرة القسّام، فيؤدي ذلك إلىٰ إيجاب الضمان علىٰ الواهب للموهوب له فيما وهب لأجل هبته، وهذا المعنىٰ لا يوجد فيما لا يحتمل القسمة؛ فلذلك جازت هبته[2].



(١) في ب (ولأنه).
(٢) انظر: الأصل ٣/٣٥٨ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٠ وما بعدها.

بَابُ
قبض الهبةِ

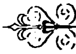
قال: وإذا كانت الهبة عينًا من الأعيان، لم يصحّ القبض فيها إلا أن تكون محوزةً مفرزةً من غيرها، غير مشغولةٍ، فإذا كان كذلك، جاز القبضُ، وصحّ ملك الهبة للموهوب له، وخرجت عن ملك الواهب، وهذا على ما قدمنا: أن الهبة لا تملك إلا بالقبض، فإذا كانت محوزةً مفرزةً، فقد صحّ القبض فيها، ووقع له الملك.

فإن قبضت وهي معلّقةٌ بغيرها، أو مشغولةٌ [به]، لم يصحّ القبض، ولم يملكها الموهوب له، وكانت باقيةً على ملك الواهب.

وذلك مثل أن يهب دارًا فيها متاعٌ للواهب، أو ظرفًا فيه متاعٌ للواهب، دون المتاع، أو نخلاً فيه ثمرةٌ للواهب[1] معلّقةٌ به، فيهب[2] النخل دون الثمرة، أو يهب أرضًا فيها زرعٌ للواهب دون الزرع، أو يهب دابةً عليها حملٌ للواهب دون الحمل، وقبضها (جميعًا، فإن ذلك لا يكون قبضًا تصح به الهبة، والهبة على ملك الواهب)[3].

[وكذلك إن وهب ثمرة النخل دون النخل، أو الزرع دون الأرض]، وقبض النخل والثمرة والأرض والزرع؛ وذلك لأن الموهوب مشتغلٌ بما لم تقع عليه

(١) في ب (أو نخلاً وثمرته للواهب).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) ما بين القوسين سقطت من ب.




[الهبة]، فصار كهبة المشاع؛ ولأن يد الواهب ثابتةٌ علىٰ متاعه الذي في الدار من طريق الحكم[1]، فصار كثبوت يده في البقعة من طريق المشاهدة، فيمنع ذلك من [قبض] الموهوب له.

٢٧٠٠ - [فَصل: قبض الموهوب له الهبة مع عدم إذن الواهب]

قال: وإن وهب له عبدًا، أو ثوبًا، أو عينًا من الأعيان، محوزةً مفرزةً، ولم يأذن له في قبضها، فقبضها الموهوب له في الحال، والواهب حاضر كذلك، جاز القبض عند أصحابنا جميعًا استحسانًا، فإن قبضها بغير حضرة الواهب، لم يجز [٣٧٥/أ] القبض، فذكر القياس والاستحسان في الزيادات.

وجه القياس: أن القبض في الهبة يقعُ به الملك، وما يقع به الملك يقفُ علىٰ إذن المملك، وتسليطه كالقبول؛ ولأن البيع يتم بالإيجاب والقبول، ولا يصح قبضه إلا بإذن البائع؛ فلأن لا يصحّ القبض فيما لا يملك بغير إذن أولىٰ وأحرىٰ[2].

وجه الاستحسان: أن الواهب إنما يقصد بالهبة التمليك، وذلك لا يتم إلا بالقبض، فصارت الهبة تسليطًا علىٰ القبض، فكأنه أذن فيه؛ ولأن الإيجاب والقبول في الهبة، كإيجاب البيع، وقبضها كقبول البيع، (ومعلوم أن إيجاب البيع إذا حصل، كان تسليطًا علىٰ القبول، كذلك الإيجاب والقبول في الهبة)[3].

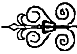
وأما إذا قام من المجلس، ثم قبض الموهوب، لم يصحّ القبض؛ لما بيّنا:

---

(١) في ب (الحق).

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) سقطت من ب.




(أن القبض كالقبول في البيع، ومعلوم أن القبول لا يثبت حكمه بعد الافتراق، فكذلك القبض)[1].

قال: فإن أذن له في القبض، فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته، جاز القبض، أما إذا قبض بحضرته فلا شبهة فيه؛ لأنه لو قبض بغير إذنه جاز، فإذا قبض بإذنه فهو أولى.

وأما إذا افترقا ثم قبض، فالقياس: أن لا يجوز القبض؛ لأن الإذن لا يثبت حكمه بعد الافتراق، كما لا يثبت حكم الإيجاب؛ ولأن القبض كالقبول، فلا يصحّ بعد الافتراق وإن أذن فيه.

والاستحسان: أن يصحّ القبض؛ لما روي أنه ﷺ حمل إليه ست بدنات، فجعلن يزدلفن إليه، فقام فنحرهن بيده، وقال: «**من شاء فليقطع**»، وانصرف[2]، فأذن لهم في القبض بعد الافتراق، فدلّ على أن الملك يقع به.

ولأن التسليط إذا حصل بالإيجاب لم يثبت حكمه بعد الافتراق، وفي مسألتنا قد صرح الآمر بالقبض، فيثبت حكمه بعد الافتراق، كالبائع إذا أذن للمشتري في قبض المبيع.

قال: فإن وهب له دينًا على رجلٍ وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه، جاز إذا قبض ذلك استحسانًا، [والقياس: أن لا يجوز] وإن لم يأذن له في قبض الدين، لم تجز الهبة، وإن قبضه الموهوب له بحضرة الواهب [وبإذنه ففيه] والقياس والاستحسان ذكره أبو يوسف في الإملاء.

---

(١) سقطت من ب.

(٢) أخرجه أبو داود (١٧٦٥)؛ وصححه ابن خزيمة (٢٩١٧).

وجه القياس: أن الدين حقٌّ، والحقوق لا يجوز هبتها كالمنافع؛ ولأن القبض لا يتأتّىٰ فيما في الذمم، والهبة لا تصحّ إلا بالقبض.

وجه الاستحسان؛ أنه إذا أذن له في القبض، قام قبضه مقام قبض صاحب الدين، فيصير المال مِلكًا للواهب، وصار الموهوب له قابضًا بعد ذلك، فيجوز كما يجوز قبض الهبة بعد الافتراق، وليس كذلك إذا لم يأذن له في القبض؛ لأن ما يتعيّن من المال ملكٌ الذي عليه الدين، فلا يصح هبة الواهب فيه، فلذلك لم يملكه.

قال: فإن وهب له شيئًا مشاعًا، ثم قسم ما وهب وأفرزه، ثم سَلَّم إلىٰ الموهوب له، جاز.

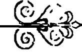
وكذلك إذا وهب دارًا فيها طعامٌ للواهب، أو تمراً [معلّقةً] في نخلٍ، أو زرعًا في أرضٍ، وأخرج الطعام من الدار، وجزّز التمر من النخل، وحصد الزرع، ثم سلّم ذلك محوزًا مفرزًا، جاز ذلك، ينظر في ذلك إلىٰ حال القبض دون حال العقد؛ وذلك لأن هبة المشاع جائزةٌ، وإنما لا يقع الملك بقبضها(١)؛ بدلالة ما روي أن أبا بكر وهب لعائشة جداد عشرين وسقاً، فلولا أنه عقدَ عقدًا جائزًا ليقسمه ويسلمه، لم يجز عقده؛ ولأن المانع من وقوع الملك إذا زال، وقع الملك، كالبيع إذا ألحق به شرطًا فأسقط ذلك الشرط.

قال: ولو وهب دارًا لرجلين، أو كُرًا(٢) من الطعام، أو ألف درهم، أو شيئًا مما يكال أو يوزن أو [شيئًا مما] يقسم لرجلين، فقبضا ذلك، لم تجز الهبة عند

---

(١) في ب (القبض بملكها).

(٢) «والكُرُّ: ٧٢٠ صاعاً، فعند الحنفية ٣٫٢٥ × ٧٢٠ = ٢٣٤٠ كيلو غرام، وعند الجمهور ٢٫٠٤ × ٧٢٠ = ١٤٦٨٫٨ كيلو غرام. المكاييل والموازين الشرعية ص٤٢.




أبي حنيفة، وهي جائزةٌ عند أبي يوسف ومحمد.

وأصل أبي حنيفة في هذا: أن الإشاعة إذا حصلت في قبض الموهوب له، منعت الهبة، وإن حصل قبضه في غير مشاع، جازت الهبة، فيجوز هبة الاثنين من الواحد، ولم يجز هبة الواحد من الاثنين، فاعتبر أبو يوسف ومحمد في فساد العقد حصول الإشاعة في الطرفين، فإذا حصلت الإشاعة في أحد الطرفين، لم تمنع الهبة، فجوّزا هبة الواحد من الاثنين، وهبة الاثنين من الواحد.

لأبي حنيفة: أن الإشاعة مؤثرةٌ في القبض، وقبض الموهوب يقع به الملك، فإذا قارن ما يقع به الملك ما يقدح فيه، منع ذلك من الملك، كعقد البيع إذا قارنه الشرط المفسد؛ ولأن الهبة لا يكون بعضها شرطًا في بعض، فكأنه أفرد لكلّ واحدٍ منهما العقد.

وليس كذلك هبة الاثنين من الواحد؛ لأن الحكم لا يتعلّق بالعقد، وإنما يتعلّق بالقبض، وقد حصل القبض في غير مشاع.

وليس هذا كالصدقة على الاثنين؛ لأن المقصود بالصدقة واحد، وهو الله تعالى، والقابض قائمٌ مقامه في القبض، فصار كالهبة من الواحد إذا وكّل وكيلين بقبضها.

وجه قولهما: أن الإشاعة في أحد الطرفين لا تمنع من الهبة، كهبة الاثنين من الواحد؛ ولأن الهبة يعتبر فيها القبض كالرهن، ثم جاز رهن الواحد من الاثنين، فكذلك هبته.

والجواب: أن المقصود بالهبة الملك، ولا يجوز أن يحصل الملك لكلّ

واحدٍ منهما إلا في القبض، فكأنه أفرد ذلك بالعقد، والمقصود من الرهن الوثيقة، ويجوز أن يتوثّق كلّ واحدٍ منهما بجميع العين، فلذلك صحّ الرهن فيما بينهما[(١)].

قال: ولو قسّم ذلك وسلّم إلىٰ كلّ واحدٍ منهما حصّته مقسومةً، جاز، وهذا تفريعٌ علىٰ قول أبي حنيفة؛ لأنه إذا قسّم زال المعنىٰ المفسد، فحصل القبض علىٰ وجه الصحة.

قال: وإن وهب عبدًا أو ثوبًا لرجلين، أو شيئًا مما لا يقسم، جاز ذلك في قولهم جميعًا؛ لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرةٍ في الهبة.

قال: ولو وهب رجلان دارًا بينهما لرجلٍ، وسلماها إليه، جاز (في قولهم جميعًا.

أما علىٰ أصل أبي حنيفة: فلأن القبض وقع في غير مشاعٍ.

وعلىٰ أصلهما)[(٢)]: الإشاعة في أحد الطرفين.

وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل قال لرجلين: قد وهبت لكما هذه الدار، لهذا نصفها، ولهذا نصفها، فهو جائز؛ وذلك لأنه وهبها جملةً، ثم قسم ما اقتضته الجملة من الحكم بعد وقوع الهبة، فلا يمنع ذلك من صحة العقد.

قال: ولو قال: وهبت لك نصفها، ولهذا نصفها، لم يجز؛ لأنه أفرد أحد النصفين عن الآخر بنفس العقد، فوقع العقد في مشاع.

---

(١) في ب (فلذلك صح الرهن منهما).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

فإن قال: قد وهبت لكما هذه الدار، ثلثاها لهذا، وثلثها لهذا، لم يجز ذلك عند أبي يوسف[1]، وجاز عند محمد، فاتفق أبو حنيفة وأبو يوسف علىٰ فساد هذا العقد من أصلين:

أما أبو حنيفة: فأفسده لوجود الإشاعة في القبض.

وأما [٣٧٥/ب] أبو يوسف: فإنه قال: لمّا خالف بين نصيبيهما، دَلَّ علىٰ أن القعد لأحدهما غير العقد للآخر، فصار كأنه أفرده بالعقد؛ ولأن القبض شرط في الهبة كالرهن، ولو رهن عينًا واحدةً من اثنين: لأحدهما الثلث، وللآخر الثلثين، لم يجز، كذلك هنا.

(وجه قول محمد: أن العقد لما جاز للاثنين، فلا فرق بين أن يسوي بينهما، أو يخالف كعقد البيع)[2].

وإذا كانت الدار بين رجلين، أو شيء يقسم، فوهب أحدهما نصيبه لشريكه، وسلم إليه الكل، لم تجز الهبة في قولهم جميعًا؛ وذلك لأن المانع من الهبة وقوع قبض الموهوب له في مشاع يحتمل القسمة، وهذا المعنىٰ موجودٌ في الشريك.

قال: ولو وهب رجلٌ لرجلٍ ما في بطن جاريته، أو ما في بطن غنمه، أو ما في ضرعها، أو وهب له سمنًا من لبنٍ قبل أن يلبن، أو زبدًا فيه قبل أن يمخّض، أو دهنًا في سمسمٍ قبل أن يعصر، أو زيتًا في زيتون، أو دقيقًا في حنطة، فسلطه علىٰ قبضه عند الولادة، أو عند استخراج ذلك، فإن ذلك لا يجوز؛ وذلك لأن

(١) في ب (عند أبي حنيفة).
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




الموهوب لا يصح العقد [عليه]، فلا تصحّ هبته، كما لا يجوز بيعه، ولا يجوز العقد وإن [قبض][1] ذلك؛ لأن العقد عليه في الأصل لم يصحّ، ألا ترىٰ أن بيعه لا يجوز، فصار كالفساد في نفس المعقود عليه، فلا يرتفع من العقد.

وليس كذلك هبة المشاع إذا قسم؛ لأن المعقود عليه يجوز العقد عليه، ألا ترىٰ أنه لو باعه جاز، وإنما أثّر في هبته لمعنىٰ يعود إلىٰ القبض، فإذا زال ذلك، صحّ القبض.

وعلىٰ هذا، إذا وهب صوفًا علىٰ ظهر غنم، ثم جزّه وسلمه؛ لأن العين موجودةٌ، وإنما منع من هبتها اتصالها بغيرها، وإذا زال ذلك صحّ العقد.

وليس هذا كالدين إذا وهبه وأذن له في قبضه؛ لأن الدين علىٰ ملكه، وتصرفه فيه جائزٌ؛ بدلالة أنه يجوز أن يُمَلّكه لمن هو في ذمّته، وإنما لم تصح هبته لعدم القبض، فإذا قبضه بأمره، جاز.

قال: ولو وهب له جارية واستثنىٰ ما في بطنها، أو حيوانًا واستثنىٰ ما في بطونها، جازت الهبة في الأمهات والحمل جميعًا، وكان ذلك كله [جملةً] للموهوب له.

وجملة هذا: أن العقود علىٰ ثلاثة أضرب:

أحدها: إذا عقده علىٰ الأم دون الحمل، بطل العقد والاستثناء، وهذا كالبيع والإجارة والرهن؛ لأن العقد إذا وقع علىٰ الأم، اقتضىٰ دخول الولد فيه، فإذا استثنىٰ فقد نفىٰ موجب العقد، ونفي موجب البيع والإجارة، يوجب فسادهما.

---

(١) في أ (فسر)، والمثبت من ب.




والنوع الثاني: يصح فيه العقد ويبطل الشرط: وهو النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، والهبة؛ وذلك لأن العقد يقتضي دخول الولد، فإذا نفى موجب الهبة، صحت الهبة، وبطل الشرط، أصله: العمرى.

والنوع الثالث: يجوز العقد والاستثناء: وهو الوصية، إذا أوصى له بجارية إلا حملها، بقي الحمل للورثة؛ لأن الوصية يجوز أن تقع بالحمل، وما جاز أن يفرد بالعقد، جاز أن يستثنى منه.

قال: ولو أعتق ما في بطن جاريته، ثم وهبها، (جازت الهبة في الأم، وقال في كتاب العتاق: إذا دبّر ما في بطن جاريته ثم وهبها)[1]، لم تجز الهبة، فمن أصحابنا من قال: هذا اختلاف رواية.

فوجه الرواية التي قال لا تجوز الهبة فيها: أن الموهوب مشغولٌ بما لا يدخل في الهبة، فصار كهبة الدار إذا كان فيها متاع الواهب.

وجه الرواية التي قال تجوز الهبة على ظاهر هذا الكتاب: أن حُريّة الحمل تقتضي استثناءَه من العقد، ولو استثناه لفظًا لم يفسد العقد، فكذلك إذا استثنى من طريق المعنى.

ومن أصحابنا من قال: في المسألتين[2] روايةٌ واحدةٌ، وإنما يختلف الحكم بين التدبير والعتق؛ وذلك لأن المدبَّر مال للمولى، ومن وهب ما هو مشغول بمالٍ [له]، لم تصحّ الهبة، كهبة الدار التي فيها متاع الواهب.

وليس كذلك الحرّ؛ لأنه ليس بمالٍ، فصار كمن وهب دارًا فيها حرٌّ جالس،

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) في ب (المسألة).

فلا يمنع ذلك من جواز الهبة.

قال: ولو تصدق بعشرة دراهم على مسكين، جاز؛ وهذا لما بيّنا: أن المقصود بالصدقة واحدٌ.

فإن تصدق على غنيٍّ لم تجز الهبة في قول أبي حنيفة؛ لأن المقصود بالصدقة على الغني ليس هو الله تعالى؛ لأن الثواب لا يحصل[1] بذلك، وإنما المقصود الغني، فصار كالهبة.

قال: وإذا وهب له وديعةً في يده، أو عاريةً، أو ما هو أمانةٌ في يده، وقَبِلَ، تصحّ تلك الهبة، وصحّ قبضه لها بكونها في يده بعد العقد عليها، فالقياس أن لا يكون قابضًا حتى يخلي بين نفسه وبينها؛ لأن يد المودَع يدٌ لمودِعه، فكأنه وهب له ما في يده، فلا بد من قبض، والاستحسان: أن الهبة تقف على مجرّد القبض، ولا تفتقر إلى قبض بصفةٍ، وللمودَع قبضٌ فيها، فحصل عقيب العقد [القبض] الذي تفتقر الهبة إليه، فوقع الملك.

وليس هذا كبيعها من المودع؛ لأن قبض المبيع قبض مضمون، والقبض الموجود عقيب العقد قبض أمانةٍ، فلا بد من تجديد قبض آخر، وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة.

قال: وكذلك إن كانت مضمونةً في يده بقيمتها أو مثلها، كان ذلك كذلك أيضًا، وهذا يتصور في العين المغصوبة والمقبوضة على وجه السَّوم؛ لأن القبض الذي تقتضيه الهبة موجودٌ وزيادةٌ، وهو الضمان، وذلك الضمان تصح البراءة

(١) في ب (لا يطلب).




منه ، فيسقط بهبته ، وبقي قبض بغير ضمان ، فصار قابضًا .

وإن كانت مضمونة بغيرها ، مثل الرهن أو المبيع ، فيهب المالك [ذلك] لمن هو في يده ، فإنه لا يكون قابضًا بكون ذلك في يده ، إلا أن يقبضه قبضًا مستأنفًا بعد عقد الهبة ، وذلك لأن القبض إذا كان مضمونًا بغيره من عوضٍ أو دين ، لم تصح البراءة منه ، فبقي القبض مخالفًا للقبض المستحق بالهبة ، فلم يكن بدٌّ من تجديد قبضٍ آخر[1] .



(١) انظر: الأصل ١٦٩/٣ وما بعدها.

بَابُ
العِوَض من الهبةِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا وهب رجلٌ [لرجلٍ] شيئًا، فعوّض الموهوبُ له الواهبَ من هبته شيئًا، فقال: هذا عوض من هبتك، أو قال: قد نحلتك هذا عن هبتك، أو كافأتك، أو جازيتك، أو أثبتك، أو هذا بدل هبتك أو مكان هبتك، أو قال: تصدقت بهذا عليك بدلاً عن هبتك، أو نحله أو أعمره فقال: هذا عوضٌ من هبتك، فإن هذا عوض في هذه الوجوه كلها، إذا سلمه المعوض وقبض، صَحَّ، والعوض هبة تصح بما تصح به الهبة، وتبطل بما تبطل به الهبة عند [٣٧٦/أ] أصحابنا جميعًا.

[قال الشيخ]: وجملة هذا: أن العوض في الهبة علىٰ ضربين: عوضٌ بعد العقد، وعوضٌ مشروط في العقد.

فأما العوض المتأخر عن العقد: فهو لإسقاط الرجوع، ويعتبر فيه الشرائط المعتبرة في الهبة، من القبض وعدم الإشاعة؛ وذلك لأنه غير مستحقٍّ علىٰ الموهوب له، وإنما يتبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع، فصار كالهبة المبتدأة.

وإنما صار عوضًا بهذه الألفاظ التي ذكرها؛ لأن كلّ واحدٍ منهما يفيد ما يفيده الآخر، والحكم عندنا يتعلّق بمعاني المعقود دون عبارتها، إلا أنه لا بدّ أن يضيف العوض إلىٰ الهبة ليسقط الرجوع فيها.

فأما إذا وهب له هبةً مبتدأةً ولم يعلقها بالأولىٰ، لم يصر عوضًا منها، ويثبت




حكم الرجوع في الهبتين جميعًا.

قال: وإذا قبض العوض، لم يكن لواحدٍ[1] منهما أن يرجع على صاحبه فيما ملكه من ذلك[2].

أما الواهب، فقد سلم له العوض عن هبته، فمنع ذلك من الرجوع كالعوض في العقد، ولأنه إنما يهب ليُعَوَّض، فإذا قبل العوض حصل مقصوده، فلم يرجع به، وقال ﷺ: «**الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها**»[3].

وأما المعوَّض، فليس له أن يرجع في العوض؛ لأنه سُلِّم له في مقابلته، وهو إسقاط[4] الرجوع، فلم يجز أن يرجع فيه.

قال: وكذلك لو عوض رجلٌ أجنبيٌّ عن الموهوب له الواهب عن هبته، وقبض العوض، لم يكن للواهب أن يرجع في هبته، وسواء عوّضه بأمر الموهوب له، أو بغير أمره، ولا للمُعوِّض أيضًا أن يرجع في العوض على الواهب، ولا على الموهوب له، وإن كان العوض بأمر الموهوب له، (فهو متبرع في ذلك؛ وذلك لأن الأجنبي إذا عوَّض بأمر الموهوب له)[5] فقد قام مقامه في العوض، فكأنه عوّض بنفسه، وإن عوَّض بغير أمره فقد تبرع بإسقاط الحق عنه، والتبرع بإسقاط الحقّ عن الغير جائزٌ، كما لو تبرع بمخالعة امرأةٍ من زوجها.

وليس للمعوِّض أن يرجع على الواهب؛ لأن مقصوده ببذل العوض: سلامة

---

(١) في ب (لكل واحد).
(٢) انظر: مختصر القدوري ص٢٨٠.
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧)؛ قال ابن حجر في الدراية: «إسناده ضعيف» (١٨٤/٢).
(٤) في ب (أسقط).
(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

الهبة وإسقاط الرجوع فيها، وقد سلم ذلك، فلا يرجع المعوِّض علىٰ الموهوب له.

أما إذا كان بغير أمره؛ فلأنه تبرع بإسقاط الحق عنه، فلم يملك أن يجعل ذلك مضمونًا عليه.

وأما إذا عوض بأمره، لم يرجع عليه، إلا أن يقول له: عوض عني علىٰ أني ضامنٌ؛ وذلك لأنه إذا أمره بالعوض ولم يضمن له، فقد أمره بما ليس بواجبٍ عليه، وإنما هو متبرعٌ به، فلم يوجب ذلك الضمان علىٰ الآمر إلا بشرط الضمان.

وعلىٰ هذا، قالوا فيمن قال لغيره: أطعم عن كفارة يميني، أو أدّ زكاتي: لم يرجع عليه إلا أن يقول له: علىٰ أني ضامنٌ؛ لأنه أمره بما ليس بمضمون عليه.

وليس هذا كالآمر بقضاء الدين؛ لأنه مضمونٌ علىٰ الآمر، فإذا أمره به، تعلّق عليه الضمان.

قال: ولو عوّض الموهوب له الواهب عن نصف الهبة، كان عوضًا عن نصفها، وكان له أن يرجع في النصف الآخر الذي لم يعوَّض عنه، ولا يرجع فيما عوِّض عنه؛ وذلك لأن الرجوع في الهبة مما يصحّ تبعيضه، فإذا عوض عن بعض دون بعضٍ، سقط الحق فيما حصل فيه العوض، ولم يسقط فيما لا عوض فيه، وصار حكم البعض معتبرًا بالجميع، فكما لو عوض عن جميع الهبة لم يرجع، كذلك إذا عوض عن بعضها، (لم يرجع في ذلك البعض، وكما لو لم يعوض عنها، رجع فيها، كذلك إذا لم يعوض عن بعضها)[1]، رجع فيه.

وليس هذا كالعفو من دم العمد والطلاق؛ لأنه لا يتبعّض، فإسقاط الحقّ

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.



عن بعضه إسقاطٌ عن جميعه.

قال: فإن عوَّض الموهوب له الواهب بعض ما وقع عليه عقد الهبة عن باقيها، لم يكن ذلك عوضًا في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف، [وللواهب أن يرجع فيما بقي من هبته].

قال[١]: وهذا علىٰ وجهين: فإن كان العوض علىٰ الصفة التي وقعت عليها الهبة، لم يكن عوضًا؛ لأن العوض يلحق بالعقد، فلا يجوز إلحاقه علىٰ وجه لا يتناوله العقد، ومعلوم أنه لا يجوز أن يهب له شيئًا علىٰ أن يعوِّضه[٢] [بعضه] عوضًا عنه، فكذلك هذا.

ولأن غرض الواهب بالعوض، لا يجوز أن يكون بعض ما وهب؛ لأنه لو أراد ذلك أمسكه ولم يهبه، وإذا لم يسلم له غرضه[٣]، لم يسقط الرجوع.

وأما إذا كان [هذا] الذي عوّض به قد تغيّر عن حاله تغيّرًا يمنع من الرجوع، فإنه يصحُّ أن يكون عوضًا عن بقية الهبة؛ لأنه صار بالتعيين في حكم عينٍ أخرىٰ، فجاز أن يكون عوضًا.

قال: وإن كان وهب شيئين، كلّ واحدٍ منهما في عقدٍ، فعوَّض إحدىٰ الهبتين عن الأخرىٰ، فإنه يكون عوضًا في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال بشر عن أبي يوسف: لا يكون عوضًا في الوجهين جميعًا.

وجه قولهما: أن الواهب يجوز أن يكون عوضه بهبته الثانية، عوض الهبة

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) في ب (عوضه).

الأولىٰ إليه؛ لأن الإنسان قد يبدو له في الشيء بعد فعله، فصار ما وهبه بأحد العقدين كعينٍ أخرىٰ.

وليس كذلك إذا عوضه بعض الهبة؛ لأنه لا يجوز أن يكون غرضه[1] بهبته أن يسلّم له بعضها عوضًا عن بعضها [علىٰ ما قدّمنا، ولأنّ ما ملك بالعقد الواحد لو صار بعضه عوضًا، لكان الشيء عوضًا عن نفسه]، وما ملك بالعقدين إذا صار عوضًا لا يؤدي إلىٰ كون الشيء عوضًا عن نفسه، فلذلك جاز.

لأبي يوسف: أن الرجوع في الهبة مستحق، فإذا عوض بها عن هبة أخرىٰ، وقعت عن مستَحَقِّها، فلم يقع موقع العوض، وليس كذلك إذا تغيّرت؛ لأن الرجوع فيها سقط، فجاز أن يقع موقع العوض.

قال: ولو كانت هبةً وصدقةً، فعوضه الصدقة من الهبة، كانت عوضًا، وهذا صحيحٌ، أما علىٰ أصل أبي حنيفة ومحمد؛ فلأنهما مُلِكا بعقدين، وأما علىٰ أصل أبي يوسف؛ فلأن الصدقة لا يثبت فيها الرجوع، فوقعت موقع العوض.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا وهب رجلٌ لرجلٍ هبةً، فعوَّض الموهوب له الواهب عوضًا علىٰ غير شرطٍ، فقبضه، ثم استُحِقّ العوض، فله أن يرجع في الهبة إن كانت قائمةً في ملك الموهوب له، لم يزد خيرًا، أو لم يحدث فيها ما يمنع الرجوع؛ وذلك لأن العوض إذا استُحِقّ صار كأنه لم يكن، فكأنها هبة لم يُعوّض عنها.

قال: وإن كانت الهبة قد هلكت واستهلكها الموهوب له، لم يضمنها في

---

(١) في ب (عوضه).

قولهم؛ وذلك لأن العوض لما استُحِقّ، صار كالهبة بغير عوض، إذا أهلكه لم يضمنها الموهوب له.

قال: وإن استُحِقّت الهبة المعوَّض عنها، رجع الموهوب له في العوض؛ وذلك لأن المعوِّض إنما عوَّض ليسقط حقّ الرجوع، فإذا استُحِقّت الهبة، تبيّنا[1] أن الرجوع لم يكن ثابتًا، فصار كمن صالح عن دينٍ ثم تبيّن أن لا دين عليه.

قال: وكذلك إن استُحِقّ نصف الهبة، وهي مما لا يقسم، رجع في نصفِ العوضِ؛ [٣٧٦/ب] [وذلك] لأن المعوِّض إنما جعله عوضًا عن الرجوع في جميع الهبة، فإذا استُحقّ بعضها وجب أن يرجع فيها بإزائه من العوض حين لم يسلم له العوض.

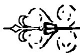
قال: فإن كان العوض مستهلكًا، ضَمِن قابضُ العوض بقدر ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض، وإن استحقت الهبة كلها ضمّنه قيمة العوض، وهذه رواية الأصل عن محمد، ورواه عنه في الإملاء من غير خلاف ذكره في الموضعين، وهي إحدىٰ روايتي بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة.

ورویٰ بشر في إملائه عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنه لا يضمن العوض إذا استحقت الهبة والعوض مستهلك، وهو قول أبي يوسف رواه عنه ابن سماعه وبشر.

وجه الرواية الأولىٰ: أن المقبوض علىٰ وجه العوض إذا استُحِقّ المعوّض، كان مضمونًا كالعوض المشروط؛ ولأنه بدل في مقابلة ما لم يسلم له، فكما يرجع

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.




[به] لو كان باقيًا، يرجع بقيمته إذا هلك.

وجه الرواية الأخرىٰ: أن العوض المبتدأ في جملة الهبة؛ ولهذا شرط فيه شرائط الهبة، والهبة إذا هلكت لم تكن مضمونةً، فكذلك العوض عنها.

قال: فإن استُحِقّ بعض العوض وبقي بعضٌ، فما بقي منه شيءٌ فهو عوضٌ عن الهبة كلها، فإن شاء ردّ ما بقي في يده من العوض ورجع بالهبة كلها إن كانت قائمةً لم تخرج عن مِلك الواهب ولم تزد في بدنها؛ وذلك لأن بعض العوض إذا استحق، فما بقي يجوز أن يكون عوضًا لإسقاط الرجوع، فكأنه لم يعوض إلا به، إلا أن للواهب أن يرده، ويرجع؛ لأنه قد غرّه حين عوضه لإسقاط الرجوع بشيءٍ لم يسلم له، فيثبت له الخيار.

وقال زفر: يرجع في الهبة بقدر ما استحق.

[وجه قول زفر: أن العقد يلحق بالعقد، فصار كالمشروط فيه].

وقال محمد في الإملاء ـ: رواه سعيد الموصلي ـ: فإن كان الذي استحق نصف الهبة، ولم يُستحقّ من العوض شيءٌ قليلٌ ولا كثيرٌ، فإن للموهوب له أن يرجع في نصف العوض، ليس له غير ذلك، إن زاد العوض أو نقص في السعر، أو زاد في بدنٍ، أو نقص في بدنٍ، كان له أن يأخذ نصفه ونصف النقصان.

فإن كان قد هلك في يد الواهب، كان له أن يضمنه نصف قيمته، وهذا علىٰ ما قدمنا: أن استحقاق الهبة يوجب استحقاق العوض، واستحقاق بعضها يوجب الرجوع في العوض بقدره، وإنما يثبت له الرجوع في العوض وإن زاد؛ لأنه قبضه بغير حقٍّ، (فصار كالمقبوض بعقدٍ فاسدٍ)[1]، فيثبت الفسخ في الزوائد.

(١) في ب (فصار كالعوض بعضها).




فإن قال: أردّ ما بقي من الهبة وأرجع في العوض كلّه، لم يكن له ذلك؛ لأن العوض كان على غير شرطٍ؛ وذلك لأن العوض الملحق ليس بعوضٍ عن العين، وإنما هو لإسقاط الرجوع، وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة، فلم يكن له أن يرجع في العوض.

[قال]: ولو لم يُستحقّ من الهبة شيءٌ، ولا من العوض، ولكن الموهوب له وجد بالهبة عيبًا فاحشًا، أو غير فاحش، فقال [له]: أرد الهبة وأرجع في العوض، لم يكن له ذلك.

وكذلك لو كان الذي وجد العيبَ الواهبُ وحده في العوض، فقال: أردّه وأرجع في هبتي، لم يكن له ذلك؛ [وذلك] لأن الرجوع بالعيب يثبت في المعاوضات، والعوض الملحق ليس بعوض عن [العين]، وإنما هو في حكم هبة، والموهوب لا يُردّ بالعيب.

قال: وهذا إذا كان الاستحقاق في الهبة أو العوض وهما مما لا يُقسمان، فإن كانا يقسمان فاستحق بعض أحدهما، بطل العوض إن كان هو المستحق منه، وكذلك تبطل الهبة إن كانت هي المستحقة، فإذا بطل العوض رجع في الهبة، وإذا بطلت الهبة، رجع في العوض؛ وذلك لأنه بالاستحقاق تبيّن أن الهبة أو العوض وقع في مشاعٍ يحتمل القسمة، وذلك باطل.

قال: وإذا كانت الهبة على شرط عوض، فقال: وهبت لك هذا العبد على أن تعوضني هذا الثوب، جاز ذلك، ولكل واحد منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقع القبض في واحد منهما للسلعتين جميعًا[(١)].

(١) في ب (ما لم يقع القبض في السلعتين جميعًا).




فإن قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فكذلك، ولكل واحدٍ منهما [أن يرجع]، القابض منهما وغير القابض في ذلك سواء حتىٰ يتقابضا جميعًا، (فإذا تقابضا جميعًا)[1]، كان ذلك بمنزلة البيع، يرد كل واحدٍ منهما بالعيب، ويرجع في الاستحقاق، وتجب الشفعة.

وهذا هو القسم الثاني من القسمين الأولين: وهو العوض المشروط في العقد، فعندنا: أن عقده عقد هبةٍ، وجوازه جواز بيعٍ.

وقال زفر: عقده عقد بيعٍ، وجوازه جواز بيعٍ.

فلا يثبت الاستحقاق (عندنا حتىٰ يتقابضا العوضين جميعًا، وقال زفر: يثبت الاستحقاق)[2] بالعقد.

لنا: أنهما عبرا عنهما بالهبة، وأثبتا أحكام البيع في المعاوضة، فوجب أن يعطىٰ العقد شبه العقدين، فيعتبر[3] فيه التقابض ونفي الإشاعة كالهبات، وتثبت فيه الشفعة والردّ بالعيب كالبياعات؛ ولأنه عقدٌ انفرد باسمٍ، فلا بدّ من أن ينفرد بمعنىٰ، ولا معنىٰ ينفرد به إلا أن يكون له حكمٌ قبل التقابض، وحكمٌ بعده[4].

وجه قول زفر: أن هذا نقل ملكٍ بعوضٍ كالبيع، واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف الحكم، كقوله: ملكت وأعطيت.

قال: وإذا وهب الرجل شيئًا، وقبضه الموهوب له، ثم إن الموهوب له أيضًا

---

(١) سقطت من ب.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٣) في ب (فيتعين).
(٤) في ب (بعضه).




وهب شيئًا للواهب ولم يقل: هذا عوضٌ من هبتك، فإنه لا يكون عوضًا، ولكلّ واحدٍ منهما أن يرجع فيما دفع؛ لأن العوض إنما يكون عوضًا إذا جُعِل في مقابلة الهبة.

فأما إذا عقد كلّ واحدٍ منهما عقدًا مبتدأً ولم يعلّق الثاني بالأول، انفرد بنفسه، ولم يتعلّق بحكم الأول، والهبة المبتدأة يثبت فيها الرجوع[1].



(١) انظر: الأصل ٣/٣٨١ ـ ٣٨٨؛ رحمة الأمة ص ٣٥٩.

بَابُ
الرجوعِ في الهبةِ



قال: وإذا وهب الرجل لرجلٍ أجنبيٍّ هبةً، وقبضها الموهوب له، فله أن يرجع فيها في الحكم إن كانت الهبة قائمة في ملك الموهوب [له]، لم تزد في نفسها، ولم يحدث الموهوب له فيها شيئًا يكون صفةً لها يزيد به قيمتها، فللواهب أن يرجع في الهبة، ويكره له ذلك في [الدين](١)(٢).

والأصل في ذلك: أن الهبة مقتضاها الرجوع [عندنا]، وقال الشافعي: لا يثبت الرجوع إلا فيما وهبه الوالد لولده(٣).

لنا: قوله ﷺ: «**الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها**»(٤)، وقد بيّنا ذلك، والأسباب المانعة من الرجوع: الرحم الكامل، وقد قدمناه، والزيادة المتصلة؛ وذلك لأن العقد لم يقع عليها، فلا يقع عليها الفسخ، فإذا تعذر الفسخ فيها، تعذر في الأصل، وخروجها من ملك الموهوب له؛ وذلك لأن اختلاف الملكين كاختلاف العين، فكما لا يجوز أن يرجع في غير العين الموهوبة، كذلك لا يرجع في غير الملك الذي أوجبه.

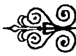
ومن هذا القبيل، إذا مات الموهوب له؛ لأن الملك انتقل إلىٰ ورثته، فكأنه

(١) في أ (الأخوين)، والمثبت من ب.

(٢) انظر: مختصر القدوري ص٢٧٩.

(٣) انظر: الأم ص ٦٧٨؛ المنهاج ص٣٢٥؛ رحمة الأمة ص١٦٠.

(٤) ابن ماجه (٢٣٨٧)؛ قال ابن حجر في الدراية: «إسناده ضعيف» (٢/١٨٤).




انتقل في حال حياته.

وكذلك موت الواهب؛ لأن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له، فلم يجز له الرجوع في ملكٍ لم يوجبه[1].

والعوض يسقط الرجوع، وهو على ضربين: عوضٌ مشروطٌ، وعوضٌ ملحقٌ، وقد قدمنا ذلك. [٣٧٧/أ]

وإنما قلنا: إن الرجوع يكره؛ لقوله ﷺ: «**العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود فيه**»[2]، والكلب لا يُوصف فعله بالتحريم والإباحة، ويوصف بالكراهة والاستقباح.

وقال ابن سماعة في نوادره: سمعت أبا يوسف قال: في رجل وهب عبدًا لرجل وقبضه منه، والموهوب له أجنبي، ولم يعوضه عوضًا، ولم يزد العبد خيرًا، فإن للواهب أن يرجع في هبته، وأكره له ذلك، وأقضي بها له، وهذا على ما قدمنا.

قال: وإن منعها الموهوب له، فذلك له حتى يقضي له القاضي، فإذا قضى القاضي بالنقض للواهب والرجوع، فالعبد في ملك الواهب، وإن [لم] يقبضه من الموهوب له، ولا ضمان على الموهوب له فيه، إلا أن يحدث فيه شيئًا بعد القضاء، فيضمن[3].

وجملة هذا، أن الرجوع في الهبة لا يثبت به الفسخ إلا أن يكون بتراضيهما،

(١) في ب (لم يجز له الرجوع في ملك الموهوب له، وذلك لأن الملك انتقل لم يوجبه).
(٢) أخرجه البخاري (٢٤٤٩)؛ ومسلم (١٦٢٢).
(٣) في ب (إلا أن يحدث فيه شيئاً بعد انقضاء قبضهم بذلك).

أو بحكم حاكمٍ؛ لأن الفسخ يقع بعد تمام العقد لمعنى قارن العقد، فصار كالفسخ بالعيب، فإن تراضيا بالفسخ، جاز[1]؛ لأن الحق لهما وقد اتفقا عليه.

وإن حكم الحاكم، فقد فسخ في موضع جعل له الفسخ، فيزول الملك بفسخه، كما لو حكم بالرد، لأجل العيب، فإذا انفسخ العقد عادت العين إلى ملك الواهب، كما كانت قبل الهبة، والقبض لا يعتبر في انتقال الملك، كما لا يعتبر في البيع، وإنما لم يجب على الموهوب له ضمانٌ بعد الفسخ؛ لأن قبض الهبة لا يتعلّق به ضمان، فإذا انفسخ عقدها بقي القبض على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان، فلا يضمن إلا بما تُضمَن به الأمانات من التعدي.

قال: ولو كان العبد نقص، أو زاد، أو جني عليه فيما دون النفس بالحال، فيما بين الواهب والموهوب له سواء، فليس للواهب أن يرجع في الأرش، ولا أن يضمّن الموهوب له شيئًا من النقصان؛ [وذلك لأن نقصان العين لا يمنع من الرجوع][2]؛ لأن الواهب لو رجع في بعضها مع بقاء العين بكمالها، جاز، فإذا نقصت، فالرجوع يقع في البعض، وذلك جائز.

فأما الأرش، فالزيادة لم يقع عليها العقد، فلا يجوز أن يقع عليها الفسخ، ولا يضمن الموهوب له النقص؛ لما ذكرنا: أن القبض لا يتعلّق به الضمان، والقبض إذا لم يتعلّق به الضمان، لم يضمن به الآخر.

قال: ولو لم يترادّا الهبة، ولم يحكم القاضي بها حتى وهبها الموهوب له للواهب، وقبلها الواهب الأول، فإن ذلك لا يجوز حتى يقبض الواهب الأول

---

(١) في ب (فإن تراضيا بالفسخ انفسخ).

(٢) في أ (وذلك المعنى لا يمنع من الرجوع)، والمثبت من ب.




العبد، فإذا قبضه، فهو بمنزلة الردّ، وبمنزلة حكم الحاكم، وليس للواهب أن يرجع في الهبة، وكذلك النُّحْلىٰ والعَطِيَّةَ والعُمْرَىٰ[1] والصدقة؛ وذلك لأن العين علىٰ ملك الموهوب له، فإذا وهبها فلم يأت بلفظ الفسخ، وإنما قصد التمليك، فلا يزول ملكه إلا بالقبض.

وليس كذلك إذا اتفقا علىٰ الرجوع؛ لأنهما إنما فسخا العقد ولم يبتدئا بالتمليك، والفسخ لا يفتقر إلىٰ شروط العقد، فإذا تقابضا الهبة الثانية، قامت مقام الرجوع؛ لأن الرجوع مستحقٌّ[2]، فتقع الهبة عن الرجوع المستحق، ولا تقع موقع الهبة المبتدأة؛ فلذلك لا يصح الرجوع فيها.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يرجع في نصف الهبة مشاعًا وإن كان مما يقسم، ولو وهب له دارًا فباع الموهوب له نصفها مشاعًا، كان للواهب أن يرجع في الباقي، وليس الرجوع كالهبة المستقبلة في هذا الوجه، وكذلك لو لم يبع نصفها وهي قائمة في يد الموهوب له، فله أن يرجع في بعضها دون بعض.

وقد قال أصحابنا: إن الرجوع في الهبة بغير قضاء فسخٌ، كالرجوع بالقضاء.

وقال زفر: الرجوع في الهبة بغير قضاءٍ هبةٌ مبتدأةٌ.

والذي يدلّ من مذهبهم علىٰ أنه فسخٌ: أنه يجوز في المشاع الذي يحتمل

---

(١) العُمْرَىٰ: نوع من الهبة، وهي في اللغة مأخوذة من العُمْر: وهو مدة عمارة البدن بالحياة، يقال: أعمرته الدار، أي: جعلت له سكناها عُمْرَه. وصورتها: أن يقول الرجل لآخر: أعمرتك داري هذه، أي: هي لك عمري، أو ما عشت، أو مدة حياتك، أو ما حييت، أو نحو ذلك، سميت بذلك؛ لتقييدها بالعمر، فهي إذن هبةُ شيء مدة عمر الموهوب له، أو الواهب، بشرط الاسترداد بعد موت الواهب أو الموهوب له. معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٠.

(٢) في ب (ملحق).

القسمة، ولو كانت هبةً مبتدأةً، لم تصح معه الإشاعة.

وقالوا: إنه لا يقف على القبض، ولو كانت هبةً مبتدأةً لوقفت على القبض.

وقالوا: فيمن وهب عبدًا لرجل(١)، فوهبه الموهوب له لآخر، ثم رجع فيه، فللأول أن يرجع في هبته، ولو كان ذلك هبةً مبتدأةً، لم يجز الرجوع؛ والدليل عليه: أن الفسخ يتناول عوضًا واحدًا، فكان فسخًا وإن لم يحكم به الحاكم، أصله: إذا تناقضا البيع الفاسد.

وجه قول زفر: أن الملك انتقل بتراضيهما، فصار في حكم عقدٍ مبتدأٍ.

وقد ذكر محمد في كتاب الهبة في الموهوب له: إذا ردّ الهبة في مرضه، أنها تكون من الثلث(٢)، فمن أصحابنا من قال: بأن هذا يدلّ على أن الرجوع بغير قضاء، هبةٌ مبتدأةٌ، وجعل المسألة على روايتين.

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنهم إنما جعلوه من الثلث؛ لأنه متهمٌ في الردّ في حقّ الورثة، فصار ذلك فسخًا فيما بين الواهب والموهوب، وهبةً مبتدأةً في حق الورثة، وليس يمتنع أن يكون للعقد حكمان مختلفان، كالإقالة التي هي فسخٌ في حقّ المتعاقدين، وبيعٌ في حقّ غيرهما.

وإذا ثبت أن الرجوع فسخٌ وليس بهبةٍ، جاز في المشاع؛ لأنه يجوز أن يرجع في الكل، فجاز أن يرجع في البعض؛ لأنه يستوفي بعض حقه ويسقط بعضه.

قال: وإذا زادت الهبة في يد الموهوب له في نفسها خيرًا، [كأن] كانت

---

(١) في ب (لآخر).
(٢) انظر: الأصل ٣/٤١٢.

جارية مهزولة فسمنت وحبلت ، أو داراً فبنى الموهوب له فيها بناءً ، أو غرس فيها نخلاً ، أو شجرًا ، أو كانت أرضًا ففعل ذلك فيها ، ونصب فيها دولابًا ، أو غير ذلك مما يستقى به ، وهو مثبتٌ في الأرض مبنيٌّ فيها ، حتى يكون صفةً للأرض يدخل في البيع إذا وقع عليها ، لم يكن للواهب أن يرجع قليلاً كان ذلك أو كثيرًا ، بعد أن يكون زائدًا في الأرض.

وكذلك إن كان ثوبًا فصبغه بعُصْفُرٍ أو زَعْفران ، أو قطعه قميصًا وخاطه ، أو جُبَّة وحشاها ، أو قَبَاءً ، لم يكن للواهب أن يرجع فيها ؛ وذلك لما قدمنا: أن الزيادة المتصلة لا يجوز الرجوع فيها ؛ لأن العقد لم يقع عليها ، ولا يمكن الرجوع في الأصل [دونها] ، فتعذّر الرجوع.

قال: فإن صبغ الثوب صبغًا لا يزيد فيه أو ينقصه ، فله أن يرجع ، ذكر ذلك الحسن في [نسق][1] روايته ؛ لأن المانع من الرجوع هو الزيادة ، فإذا كان الصبغ لا يزيد في القيمة ، فوجوده وعدمه سواءٌ.

قال: وإن كانت الزيادة من سعر ، فله أن يرجع في قولهم ؛ لأن زيادة السعر لا يتعلّق بها حكمٌ في الأصول ، ألا ترى أنها لا تغير ضمان الرهن ولا الغصب ، ولا تمنع الردّ بالعيب ؛ لأنها لا تعود إلى العين ، وإنما هي رغبة يُحدثها الله تعالى في القلوب ، فلا تمنع الرجوع.

قال: وإذا وهب حيوانًا ، فولد في يد الموهوب له ، فللواهب أن يرجع في الأمهات دون الأولاد ؛ وذلك لأن الولد لم يقع عليه العقد ، فلا يجوز أن يقع عليه الفسخ.

---

(١) في أ (سنن) ، والمثبت من ب.

وأما الأم؛ فلأن الولد غير موجب بالعقد عليها، بدلالة أن المغرور في الهبة لا يرجع بقيمة الولد على الغار، وإذا لم يكن موجبًا، جاز الفسخ في الأم دونه.

وليس كذلك المبيعة إذا ولدت؛ لأن الولد موجب بالعقد، بدلالة أن المغرور يرجع بقيمته على الغار، فلم يجز أن يسلم موجب العقد للمشتري مع فسخ العقد؛ ولأن البيع عقد معاوضة، فلو فسخناه [٣٧٧/ب] دون الولد، لسلم الولد للمشتري [مع فسخ العقد] بغير عوضٍ، والهبة عقدٌ بغير عوضٍ، فيجوز أن يسلم الولد فيها بغير شيءٍ[1].



(١) انظر: الأصل ٣٨٨/٣ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٢٨/٤.

بَابُ
الهبةِ على شرطٍ



قال أصحابنا ـ رحمهم الله تعالىٰ: إذا وهب الرجل للرجل هبةً وشرط فيها شرطًا فاسدًا، فالهبة جائزة، والشرط باطل.

قال بشر عن أبي يوسف: في رجل وهب لرجل أمةً وقبضها، واشترط عليه أن لا يبيعها، فإن أبا حنيفة قال: الهبة جائزة، والشرط باطل، وكذلك قال أبو يوسف: لا تشبه الهبة البيع.

ولو شرط فيها أن يتخذها أم ولد، أو أن يبيعها من فلان، أو يردّها عليه بعد شهر، كانت الهبة جائزةً، وهذه الشروط باطلة.

والأصل في هذا: أن كل عقد من شرطه القبض، فإن الشرط لا يفسده، [وهذا] كالهبة والرهن، وقد دلّ علىٰ الهبة ما روي: (**أن النبي ﷺ أجاز العُمْرَىٰ وأبطل الشرط**[1]).

وقد دلّ علىٰ الرَّهْن قوله ﷺ: «**لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه**»[2].

وقد كانت الجاهلية ترهن علىٰ أن الراهن إذا أخّر القضاء عن وقتٍ معلومٍ، فالرهن للمرتهن، فأبطل النبي ﷺ هذا الشرط، ولم يبطل [به] الرهن.

(١) أخرجه مسلم (١٦٢٥).

(٢) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٣٢)، وصححه ابن حبان في صحيحه (٥٩٤٣)

فإن قيل: الصرفُ من شرطه القبض، والشروط تبطله.

قيل له: بأن القبض ليس بشرط في صحة الصرف، وإنما يمنع التقابض من فسخه بعد صحته.

وإذا ثبت أن الهبة لا تؤثر فيها الشروط، وهذه الشروط كلها لا يقتضيها العقد، فوجودها وعدمها سواء.

قال: وكذلك لو وهب له جارية، (واستثنى الواهب لنفسه ما في بطنها، فإن الهبة جائزةٌ في الجارية وفي ولدها، وكذلك لو وهب [له] جارية)[1] وفي بطنها ولدٌ حرّ، وقد بيّنا هاتين المسألتين فيما تقدم[2].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٨.

بَابُ
العُمْرَى

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل: قد جعلت هذه الدار لك عُمْرىٰ[1]، أو قال: قد جعلتها لك عمرك، أو قال: هي لك حياتك فإذا متَّ فهي ردٌّ علي، أو قال: هي لك عمرك فإذا متَّ فهي ردٌّ علي، فهذا كله هبةٌ، وهي له حياته وموته، والشرط الذي شرطه باطلٌ.

قال أبو الحسن: هي عندهم جميعًا كذلك، يجوز فيها ما يجوز في الهبة، ويبطل منها ما يبطل في الهبة، وقبضها فيما يجوز وفيما لا يجوز كقبض الهبة.

وكذلك الرجوع فيها كالرجوع في الهبة، وكذلك حكم العوض فيها كحكم العوض في الهبة، ما يجوز فيه وما لا يجوز.

والأصل في ذلك: ما روىٰ أبو الزبير عن النبي ﷺ أنه قال: «**أمسكوا عليكم أموالكم، لا تعمروها، فإن من أعمر شيئًا فإنه لمن أعمره**»[2].

وروىٰ الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر قال: قضىٰ رسول الله ﷺ بالعُمْرَىٰ له ولعَقِبِه من بعده، ليس للمُعْطِي فيها شيءٌ.

وروىٰ سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير، عن جابر قال: قال رسول الله

(١) العُمْرَىٰ ـ اسم من الإعمار ـ ومنه «أعمرته الدار ـ بالألف ـ جعلت له سكناها عُمْرَه» كما في المصباح (عمر).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٢٥) ولكن من حديث أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه.

ﷺ: **«من أعمر عُمرىٰ حياته، فهي له ولعقبه من بعده، يرثها من يرثه من بعده»**[1].

وإذا ثبت أن الشرط باطلٌ، بقيت العمرىٰ مجردةً، وهي في معنىٰ الهبة، فتصحّ بما تصحّ به الهبة، وتبطل بما تبطل به[2].



(١) مسلم (١٦٢٥)، وهي رواية للحديث المذكور قبل.

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٤.




بَابُ
الرُّقْبَى والحبيس



قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل للرجل: هذه الدار لك رقبىٰ[1]، ودفعها إليه، أو قال: هذه الدار لك حبيسة[2]، ودفعها إليه، فهي عارية في يده إذا شاء [أن يأخذها] أخذها.

قال محمد: وهذا قولنا أيضًا.

قال: ومعنىٰ الرقبىٰ: هي الحبيسة.

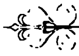
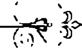
وقال أبو يوسف: هذه هبة، وقوله رقبىٰ باطلٌ.

وجه قولهما: ما روىٰ الشعبي، عن شريح عن النبي ﷺ: «أنه أجاز العُمْرىٰ ورد الرُّقْبىٰ»[3]، ولأن الملك في الرقبىٰ متعلّق بخطر؛ لأنه يقول: إن مت قبلك فهي لك، وإن متَّ قبلي فهي لي، وتعليق الملك بالخطر في حال الحياة لا يصحّ.

(١) الرقبىٰ في اللغة من الارتقاب: وهو الانتظار، وفي الاصطلاح الفقهي: وهو نوع من العطية، وصورتها: أن يقول صاحب الدار ونحوها: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، علىٰ إنك إن متَّ قبلي، عادت إليَّ، وإن مت أنا قبلك، فهي لك ولعقبك. فكأنه يقول: هي لأيّنا بقي بعد صاحبه، أو لآخرنا موتًا، وقد سُمِّيت بذلك؛ لأن كل واحدٍ منهما يرقب موت صاحبه وينتظره. معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٥٠.

(٢) «حبيس: والجمع حُبُسٌ، مثل: بريد وبُرُد، ويستعمل الحبيس في كل موقوف واحدًا كان أو جماعة»، كما في المصباح (حبس).
وفي المغرب: «هو كل وقفة لوجه الله تعالىٰ، حيوانًا كان أو أرضًا، أو دارًا». (حبس).

(٣) قال ابن حجر في الدراية (١٨٥/٢): «لم أجده».

وليس كذلك العُمْرىٰ؛ لأن الملك في الحال، وإنما علق الفسخ بخطر، ألا ترىٰ أنه لو قال: وهبتها لك عمرك، والفسخ يجوز فيه ما لا يجوز في ابتداء الملك.

لأبي يوسف: ما روىٰ أبو الزبير عن جابر: (**أن النبي ﷺ أجاز العمرىٰ والرقبىٰ**[1]).

وهذا لا دلالة فيه؛ لأن الرقبىٰ تجوز إذا كانت بمعنىٰ الإرقاب، وهو هبة الرقبة، وإنما لا تجوز إذا كانت بمعنىٰ الترقّب، فيحتمل أن يكون الخبر محمولاً علىٰ الأول.

وقال في الأصل: في رجل حضره الموت، فقال: داري هذه حبيسة علىٰ عقبي من بعدي، قال: لا يكون حبيسًا وهي ميراثٌ[2]؛ وذلك لما روىٰ شريح أنه قال: جاء محمد ببيع الحبس؛ وقال ابن عباس: [لما نزلت آية المواريث قال النبي ﷺ]: «**لا حبس عن فرائض الله تعالىٰ**»[3]؛ ولأنه لم يجعل آخرها للفقراء، فلا يصح وقفها.

وإذا لم يكن وقفًا، فقد منع ورثته من التصرف فيها، وهذا لا يصح.

ولو قال: داري حبيسة علىٰ أطولكما حياة، كان ذلك باطلاً؛ لأن الملك هاهنا معلق بخطر، ألا ترىٰ أنه لا يعلم أطولهما حياة في الحال.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٥٨)؛ والترمذي (١٣٥١) وقال: «حسن»؛ والنسائي (٣٩٩٣)؛ وابن ماجه (٢٣٨٣).

(٢) انظر: الأصل ٣/٣٩٦.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن (٤/٦٨) وإسناده ضعيف وأخرجه البيهقي في الكبرىٰ، وقال: «قال علي رحمه الله تعالىٰ: لم يسند غير ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان، قال الشيخ: وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي» ٦/١٦٢؛ انظر الدراية لابن حجر (٢/١٤٥)




ولو قال لرجل: داري حبيسة لك، فإن هذا باطل، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أما أنا فأرى أنه إذا قال: هي لك حبيسة، فهي له إذا قبض، وقوله حبيسٌ باطل، وكذلك إذا قال: هي لك رقبى.

وجه قولهما: أنه إذا قال: هي لك حبيس، أو حبيس لك، فقد فسّر المعنى الذي أراده بقوله: هي لك، فوجب أن يحمل [على] التفسير، وقد بيّنا أن التحبيس لا يجوز.

وجه قول أبي يوسف: أن قوله: هي لك، تمليك، وقوله: حبيس، مشاورة بما يعمل بها، فلا يتعلّق به حكم.

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لرجل: هذه الدار لك رقبى، أو قال: هذه الدار لك حبيسٌ، ودفعها إليه، فهي عاريةٌ في يديه، قال محمد: وهذا قولنا[1].

قال أبو يوسف في هذين الوجهين: هي هبةٌ.

وجه قولهما: أنه فسر قوله: هي لك: بالرقبى والحبيس، فكأنه ابتدأ بـ[ذِكر] ذلك ليمنع التمليك، وإذا امتنع التمليك بقيت في يده على ملك الدافع، وقد أذن له في الانتفاع، وهذا معنى العارية.

لأبي يوسف: أن قوله: لك، يقتضي التمليك، ثم نفى مقتضى[2] التمليك، فلا يصحّ. [٣٧٨/أ][3].

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٣) انظر: الأصل ٣/٣٩٥ وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٣٧.

بَابُ
المِنْحَةِ[١]



قال ابن سماعة[٢] عن أبي يوسف في نوادره: سمعت أبا يوسف قال في رجلٍ منحَ رجلاً بعيرًا، أو شاةً، أو ثوبًا، أو دراهم، أو طعامًا، أو ما أشبه ذلك قال: كلّ شيءٍ منحه مما ينتفع به للسكنىٰ أو اللبس، مثل الدار والثوب، ولبن الشاة، وظهر البعير، وغلة العبد، ما أشبه ذلك، فإنه عاريةٌ، وعليه ردّ ذلك.

فإن منحه طعامًا أو دراهم أو دنانير[٣]، فهو هبةٌ، وكذلك ما أشبهه مما لا منفعة فيه إلا أكله أو إنفاقه؛ وذلك لأن المنحة عبارةٌ عن بذل المنافع، بدلالة قوله ﷺ: «**المنحة مردودةٌ، والعارية مؤدّاةٌ**»[٤]، فدلّ علىٰ أن المنحة لا تفيد أكثر من تمليك المنافع.

وإذا كانت في حكم العارية، فإذا أضافها إلىٰ ما له منافع، تعلّقت بمنافعه، وإن أضافها إلىٰ ما لا ينتفع به إلا باستهلاكه، كانت قرضًا، كعارية الأعيان التي لها منافع، لا يكون تمليكًا [لأعيانها، وعارية الدراهم والدنانير والحنطة تكون تمليكًا]؛ لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاكها.

---

(١) المِنْحَة والمَنِيْحَةُ: الناقة الممنوحة، وكذلك الشاة؛ ليشرب لبنها، ويردُّها إذا ذهب دَرّها، ثم سُمّي بها كل عطية». المغرب (منح).

(٢) في ب (ابن عباس) خطأ.

(٣) في ب (أو لبنًا).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢١٢٠) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٩٨).

قال: وإن منحه جديًا، أو عَنَاقًا، فهو عاريةٌ؛ لأن هذا قد يبلغ أن ينتفع به، فيكون فحلاً، وتكون هذه حلوبًا، وهذا صحيحٌ؛ لأن العارية قد تتناول العين لمنفعةٍ مترقبةٍ[1] وإن لم يكن في الحال.

وكذلك الشُّقَّة الهروية[2] عاريةٌ؛ لأن الانتفاع بها يمكن مع بقاء عينها.

وقال أبو حنيفة: إذا قال: هذه الدار منحةٌ، ودفعها إليه، فهي عارية؛ لأنه بيّن التمليك وخصّه بالمنفعة، فوجب أن يحمل على التفسير.

وكذلك إن قال: هذه الأرض لك منحة، فإنما منحه زراعتها، وكذلك كلّ شيءٍ يحتاج فيه إلى منفعة، مثل السكنى والزراعة والخدمة وأشباه ذلك، فهذه عاريةٌ؛ لأن هذه الأعيان ينتفع بها مع بقاء أعيانها، فاختصت المنحة بمنافعها.

قال: ولو قال لأرض بيضاء: هذه الأرض [لك] طعمة، فهذا على الزراعة، وهي في يده عاريةٌ، يأخذها صاحبها منه إذا شاء ما لم يزرعها، فإذا زرعها، فإن أراد صاحبها أن يأخذها منه، فإن في هذا ضررًا عليه، فيخير الزارع: فإن شاء دفعها إلى صاحبها وأخذ زرعه، وإن شاء كانت في يده بأجر مثلها إلى أن يستحصد زرعه، وهذا قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن الطعمة إذا أضيفت إلى ما يمكن أكله، كانت تمليكًا، مثل أن يقول: أطعمتك هذا الطعام، وإذا أضيفت إلى الأرض كانت عاريةً؛ لأن الأرض لا تطعم، فمعناه أطعمتك ما يكون منها، وذلك يكون بالزراعة[3].

---

(١) في ب (مؤقتة).

(٢) أي: الثياب الهروية. انظر المغرب (شقق).

(٣) انظر: الأصل ٣/٤٠٥.

وإذا ثبت أنها عاريةٌ، فله الرجوع فيها متىٰ شاء.

فإن كانت لا زرع فيها، أخذها صاحبها؛ لأن العقد انفسخ بالرجوع، وإن كان فيها زرعٌ، فالقياس: أن يقلع؛ لأن العارية انفسخت، وصار المستعير شاغلاً ملك غيره بزرعه، فيؤمر بقلعه كالغاصب.

وإنما استحسنوا فقالوا: إنه يترك إلىٰ وقت الحصاد بأجر المثل؛ لأن ابتداء الزرع كان بحقٍّ، ويمكن إيفاء كلّ واحدٍ من الحقين من غير ضررٍ، فيحصل للزارع الزرع، وللمالك الأجر؛ وذلك أولىٰ من إسقاط أحد الحقين.

وعلىٰ هذا قالوا في مدة الإجارة(١): إذا انقضت وفي الأرض زرعٌ، وليس هذا كالغصب؛ لأن ابتداء الزرع وقع بغير حق، فلم يجب تبقيته.

وليس هذا كالغرس؛ لأن في تبقية الغرس ضررًا علىٰ صاحب الأرض؛ لأنه لا غاية لقَلْعِهِ.

قال محمد: قال أبو حنيفة: إذا دفع إليه طعامًا، فقال: هذا لك مِنْحَةٌ، أو دفع إليه شاةً تحلب، فقال هذه لك مِنْحَةٌ، فله أن يشرب لبنها وأن يأكل الطعام؛ لأن منفعة هذا: الأكل والشرب.

وعلىٰ هذا ما قدمنا: أن المنحة فيما له منفعة لا تتناول ملك العين [وإنما تقتضي المنفعة]، وفيما لا منفعة له، يقتضي تمليك العين.

قال: وكذلك الدينار وما يؤكل ويشرب، فهو عندنا علىٰ الهبة.

---

(١) في ب (فيمن في يده الإجارة).




(وأما ما يلبس، أو يستخدم، أو يُسكن، أو يُزرع، فمنحته عاريةٌ إلا أن يعني المعطي الهبة)[1]، فيكون على ما عنى؛ وذلك لأنه إذا قال: نويت الهبة، فقد شدَّدَ على نفسه، والمنع من التمليك لحقه، فإذا رضي بذلك جاز[2].



(١) ما بين القوسين سقطت من ب.
(٢) انظر: الأصل ٣/٤٠٦.

بَابُ
السُّكْنَى



قال محمد: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا قال الرجل للرجل: داري لك سُكنى[1]، أو قال: لك سكنى عمرى، أو قال: صدقةٌ سكنى، أو قال: هي لك عمرى عارية، أو سكنى، ودفعها إليه، فهذا كله عاريةٌ، يأخذها منه متى شاء، ولا يجوز للذي قبضها فيها بيعٌ ولا هبةٌ ولا رهنٌ ولا إجارةٌ، ولا غير ذلك غير السكنى خاصة إذا كان ذَكَر السكنى أو العارية (مع غيرها.

والهبة والصدقة وغير ذلك إن قدم السكنى، أو العارية)[2]، أو أحدهما، فهو سواءٌ، وذلك كله سكنى؛ وذلك لأنه إذا ذكر السكنى، فقد دلّ على أن العقد وقع على المنافع.

وإذا قال: سكنى هبةً، فقد أضاف الهبة إلى السكنى، فكأنه قال: وهبت لك منافعها، وكذلك إذا قال: هبة سكنى؛ لأن الهبة تحتمل هبة العين، وتحتمل هبة المنفعة، فإذا قال: هبة سكنى، فقد فسّر المحتمل، فيختصّ بالسكنى.

وإن قال: هي عُمْرَى تسكنها، أو هي لك هبة تسكنها، أو قال: لك صدقة تسكنها، ودفعها إليه، فهبة وعمرى وصدقة جائزة؛ وذلك لأنه لم يضف الهبة

---

(١) «والسُّكْنَى، مصدر سكن الدار، وفيها إذا أقام، واسم بمعنى الإسكان كالرُّقْبَى بمعنى الإرقاب، وهي في قولهم: داري لك سُكْنَى». المغرب (سكن).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.




إلىٰ السكنىٰ، وإنما وهب ثم شاوره فيما يعمل بملكه، فتعلّقت الهبة بالعين، وهو كقوله: وهبتها لك فأجرها.

وأما قوله في الفصل الأول: أنه ليس له البيع؛ فلأنه لم يملك العين، فلا يجوز بيعه فيها، وكذلك ليس له أن يؤاجرها؛ لأن العقد يقتضي العارية، فإذا آجر المستعير قطع حق المعير من الرجوع، وهذا لا يصح.

ولو قال: هي لك تسكنها، كانت هبةً[1] جائزةً إذا قبضها؛ لأن اللام تقتضي التمليك، وقد شاوره فيما يعمل بملكه[2].



(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٣/٤٠٤، ٤٠٥.

بَابٌ
في الصدقةِ

قال محمد في إملائه: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل للرجل: قد تصدقت عليك بهذه الدار، غنيًا كان المُتَصَدَّقُ عليه أو فقيرًا، ودفعها إليه، فذلك جائز، ولا سبيل للمُتَصَدِّقِ على الرجوع فيها بوجهٍ من الوجوه.

وكذلك لو قال: قد جعلتها لك، أو قد وهبتها لك، وهو محتاج على وجه الصدقة، ودفعها إليه، لم يكن له أن يرجع فيها، وهذا قول أبي يوسف ومحمد.

أما الصدقة على الفقير، فقد بيّنا: أنه لا يجوز الرجوع فيها؛ لأن المقصود منها الثواب، وقد سلم ذلك من جهة الله تعالى.

وأما إذا وهب للفقير، فإنه لا يرجع أيضًا؛ لأن المقصود من الفقير ليس هو العوض، وإنما العوض هو الثواب، فصار كالصدقة بالعقد؛ لأن المعتبر بمعنى العقد دون لفظه، ومعنى هبة الفقير، الصدقة، فلم يجز الرجوع فيها.

وأما إذا تصدّق على الغني، فالقياس: أن يرجع؛ لأن المقصود بهبة الغني، العوض، فصار كالهبة.

إلا أنهم استحسنوا فقالوا: لا يرجعُ فيها؛ [٢٧٨/ب] لأنه عبّر عنها بالصدقة، ولو أراد الهبة لعبّر بلفظها؛ ولأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الأغنياء، ألا ترى أن من له مقدار النصاب، وله عيال لا يكفيه ما في يده، ففي الصدقة عليه ثواب؛ فلذلك لا يجوز الرجوع.




قال: ولا تجوز الصدقة ولا العطية ولا العمرىٰ حتىٰ يقبض؛ لأنه تبرع، فلا يصح بمجرد القول كالوصايا.

وقال محمد: إذا تصدّق الرجل أو وهب أو نحل ابنه وهو صغيرٌ في عياله، فقَبْضُه له قبضٌ، وهو جائز، وليس له أن يرجع فيه إذا أشهد عليه وأعلمه؛ وذلك لأن الأب هو الذي يتولىٰ القبض للصغير، ألا ترىٰ أنه لو قبض ما وهبه الأجنبي [له جاز، فإذا كان هو الواهب وهو الذي يملك القبض]، صار قابضًا عقيب العقد، فصحّت الهبة.

وقد قالوا في الأب إذا باع ماله من ابنه الصغير[1]، ثم هلك عقيب البيع، كان من ضمان الابن؛ لأن الأب صار قابضًا للصغير عقيب العقد.

وأما قوله: إذا أشهد عليه [وأعلمه]، فليس ذلك بشرط في جوازه، وإنما يحتاج إلىٰ الإشهاد والإعلام حتىٰ [لا تجحد][2] الورثة.

قال محمد: قال ابن أبي ليلىٰ وغيره من أهل الكوفة: تجوز الصدقة إذا أعلمه وإن لم يقبض، ولا تجوز الهبة ولا النحلىٰ إلا مقبوضة.

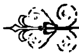
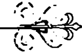
قال محمد: قال أبو حنيفة: هما سواء، ولا يجوز واحدٌ منها إلا مقبوضًا معلومًا محوزًا مقسومًا؛ لأنها صلة جميعًا، وهذا قول أبي يوسف ومحمد؛ وذلك لما بيّنا: أن الصدقة عقد تبرع، فلا تتم لمجرد العقد، كالهبة؛ (ولأن الإشاعة مؤثرة في القبض)[3].

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (لا تشهد)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) في ب (وإذا وقعت علىٰ القبض).

قال: ووصي الأب إذا وهب للصغير، أو جدّه أو أبيه، أو وصِيّ جَدّه، هو بمنزلة الأب في ذلك، كل واحد من هؤلاء له عليه ولايةٌ، فحلّ محلّ الأب[1].



(١) انظر: الأصل ٣/٤٠٠وما بعدها؛ شرح مختصر الطحاوي ٤/٤١ وما بعدها.




بَابُ
هبةِ الأجنبيِّ للصغيرِ ومن يجوزُ قبضهُ عليهِ



قال: إذا وهب الأجنبي للصغير هبةً، فقبضها أبوه، أو وصي أبيه بعده، أو جده أبو أبيه بعد أبيه، أو وصيه[1]، جاز ذلك؛ لأن قبض الهبة تصرفٌ في حقّ الصغير، فيملك من يملك الولاية عليه، وكلّ واحدٍ من هؤلاء يلي عليه، فجاز قبضه له.

قال: ومن غاب منهم غيبةً مُنْقَطِعَةً، جاز قبض الذي يتلوه في الولاية؛ وذلك لأن تأخير قبض الهبة حتىٰ يقدم الغائب فيه ضرر، فانتقلت الولاية إلىٰ من دونه، كما قالوا في ولاية النكاح.

قال: ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم، كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن.

وسواء كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الصَّبِيِّ، أو كان أجنبيًّا؛ وذلك لأن وجود من يملك الولاية يمنع التصرف في حق الصغير، كما لا يجوز التصرف في حق البالغ بالقبض؛ لأنه يملك القبض بنفسه.

قال: فإذا لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة، قبضَ للصبي من كان الصبي في حِجْره وعياله، ولم يجز قبض من لم يكن في عياله من ذي الرحم المحرم ولا

(١) في ب هنا زيادة (أو وصي جده بعد أبيه، أو وصي أبيه أو جده)، ولا داعي لها؛ لأنها تكرار لما سبق ذكره.

غيره؛ وذلك لأن من يعوله له عليه ضرب من الولاية إذا لم يكن له ولاية، ألا ترىٰ أنه يؤدّبه ويسلِّمه في الصنائع التي للصبي في ذلك منفعة، وله في قبض الهبة منفعةٌ، [فجاز][1] قبضه له.

وأما من ليس في عياله، فلا ولاية له عليه، فلا يجوز قبضه له كالأجنبي.

قال: وإن كان الصَّبِيِّ يعقل، ولم يبلغ بعدُ، فقبض ما وهب له، وواحد من هؤلاء الأربعة حيٌّ[2]، جاز قبضه استحسانًا، والقياس: أن لا يجوز.

وجه القياس: أنه لا ولاية له علىٰ نفسه، فلا يجوز قبضه في الهبة، كما لا يجوز في البيع.

وجه الاستحسان: أن له في هذا الفعل منفعة، ولا ضرر عليه فيه، فصار فعله كفعل من هو في عياله.

قال: وكذلك الصَّبِيَّةُ إذا عقلت، وكان لها زوج قد دخل بها، فقبضت أو قبض لها زوجها، جاز ذلك، وكذلك إن قبض الأب في هذه الحالة، جاز أيضًا علىٰ الصبي والصبية.

أما قبض الصبيّةِ؛ فإنما جاز لما بيّنا، وأما قبض زوجها؛ فلأنها في عياله، وأما قبض الأب؛ فيجوز لأنه يملك الولاية عليها.

قال: وإن وهب الأب شيئًا من مال الصغير، لم يجز علىٰ ابنه، وكانت الهبة مردودةً؛ لأنه تبرع بملك غيره؛ ولأن فيه ضررًا علىٰ الصغير لا منفعة في مقابلته.

---

(١) في أ (فحصل)، والمثبت من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.




قال: فإن اشترط الأب عوضًا، لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال محمد: إذا شرط الأب عوضًا في الهبة جاز، وهو بمنزلة البيع إذا تقابضا.

وجه قولهما: أن الهبة لما لم يملكها الأب في حق الصغير دون عوضٍ، لم يملكها بعوضٍ كالعتق؛ ولأنها صريح التبرع، فلا يملكها في حق ابنه الصغير[1]، كالعتق على مالٍ.

وجه قول محمد: أنه تمليكٌ بعوضٍ كالبيع، واختلاف العبارة غير معتدٍّ به، كما لو قال: ملكتك.

وعلى هذا الخلاف، المأذون والمكاتب إذا وهبا، لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنهما لا يملكان الهبة بغير عوض، فلا يملكانها أيضًا بعوضٍ.

قال محمد: كل من يملك البيع، يملك الهبة بعوضٍ؛ لأنها في معنى البيع.

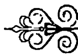
قال: وإذا وهب رجلٌ هبةً لعبدِ رجل، فالقبول إلى العبد، فإن قبل وقبض، صحّت الهبة وكان الملك للمولى، ولا يجوز قبول المولى ولا قبضه، كان على العبد دين أو لم يكن، وللواهب أن يرجع فيها.

وإنما كان القبول إلى العبد؛ لأن الإيجاب وقع له، والقبول يعتبر فيمن وقع له الإيجاب، والقبض إليه؛ لأنه من حقوق العقد، والعقد وقع له.

وإنما كان الملك للمولى؛ لأن الهبة من أكساب العبد وأكساب العبد لمولاه.

وإنما جاز الرجوع فيها وإن انتقلت إلى ملك المولى؛ لأن عقد الهبة أوجب

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.




انتقال الموهوب إلىٰ العبد علىٰ وجه لا يستقر ملكه، وإنما ينتقل إلىٰ مولاه، فصار العبد كالوكيل.

وليس هذا كما لو زال ملك الموهوب [له]؛ لأن ذلك الزوال لم يوجبه العقد، فمنع من الرجوع.

فإن قيل: بأن الغرض بالهبة للعبد ليس هو العوض؛ لأنه لا يملك العوض، فهلا صار فيه كالهبة للفقير في منع الرجوع.

قلنا: العبد لا يملك التعويض بالأموال، ويملك بالمنفعة، فصار كالغنيّ.

[قال محمد]: وكذلك المكاتب، توهب له الهبة، فالقبول إليه والقبض، فإذا قبل وقبض، فالمكاتب أحق بها، ولا يملكها المولىٰ، وللواهب الرجوع.

وكذلك إن عتق المكاتب، فللواهب أن يرجع في قولهم.

وإنما لم يملك المولىٰ ما [٣٧٩/أ] وُهبَ المكاتب؛ لأنه لا يملك أكسابه، والهبةُ من أكسابه، ويجوز الرجوع؛ لأن الهبة باقيةٌ علىٰ الملك الذي أوجبه الواهب.

وكذلك إن عتق المكاتب؛ لأن الملك الذي أوجبه له بالهبة قد استقر بالعتق، فكأنه وهب له ابتداءً وهو حر، فإن عجز المكاتب، جاز للواهب أن يرجع في قول أبي يوسف، ولم يجز في قول محمد.

لأبي يوسف: أن عقد الهبة أوجب كون الملك فيها موقوفًا علىٰ المكاتب وعلىٰ مولاه، فإذا استقر أحد وجهي المراعاة لم يسقط الرجوع، كما لو استقر




ملك المكاتب بالعتق، وهذا مبني على أن المولى لا يملك أكساب المكاتب بحكم ملك مستأنف، وإنما يملكها بحكم الملك الأول؛ بدلالة أنه يستحق بالعجز أكسابه ورقبته، فإذا لم يملك الرقبة بحكم ملكٍ مستأنفٍ، كذلك الأكساب.

وجه قول محمد: أن المولى يملك أكسابَ المكاتب ببطلان تصرف المكاتب بالعجز، كما يملك الوارث أكسابَ [مورثه] الحرّ[1] ببطلان تصرّفه بالموت، فإذا لم يجز رجوع الواهب على الوارث، فكذلك لا يجوز رجوعه على المولى.

قال: وإذا وهب رجلٌ للعبد هبةً، والعبد ذو رحمٍ محرمٍ من الواهب، أو مولاه ذو رحمٍ محرمٍ من الواهب، فللواهب أن يرجعَ في هبته في قول أبي حنيفة، أيّهما كان ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب.

وكذلك إن كانا جميعاً ذَوَيْ رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الواهب، فإن محمداً قال: قياس قول أبي حنيفة: أن يرجع.

وقال أبو يوسف ومحمد: ينظر إلى المولى، فإن كان ذا رحم محرم من الواهب، لم يرجع، وإن لم يكن المولى ذا رحم محرم من الواهب، وكان العبد ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب، رجع الواهب.

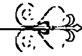
أما إذا كان المولى أجنبيًا، فللواهب الرجوع في قولهم من أصلين مختلفين:

أما أبو حنيفة[2] فيقول: إن الهبة لا تحصل بها صلة كاملة؛ لأنها تقع للعبد من وجه، ولمولاه من وجهٍ، فصار كالهبة لرجل غير محرم.

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (أبو يوسف) خطأ.

فأما هما فيقولان: الملك بالعقد يحصل للمولىٰ، وهو أجنبيٌّ، فكأن الواهب أوجب الهبة له.

وأما إذا كان المولىٰ ذا رحمٍ محرمٍ، والعبد أجنبيًّا، فللواهب أن يرجع عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد[1]: لا يرجع.

لأبي حنيفة: أن الهبة حاصلة للعبد من وجهٍ[2]، وللمولىٰ من وجهٍ، ألا ترىٰ أنها موجبةٌ للعبد، ولهذا يقضىٰ منها ديونه، والملك حاصل للمولىٰ إذا لم يكن دينٌ، فلم يكمل معنىٰ الصلة فيها، فصارت كالهبة لرحمٍ غير محرمٍ.

وجه قولهما: أن الملك يحصل للمولىٰ، وهو ذو رحم محرم من الواهب، فكأنه وهب له ابتداء، فلا يرجع.

وأما إذا كان المولىٰ والعبد كلّ واحدٍ منهما ذا رحمٍ محرمٍ، فقد ذكر أبو الحسن عن محمد: أن قياس قول أبي حنيفة: أن يرجع؛ لأن رحم العبد غير مؤثرٍ عنده إذا كان الملك لا يحصل له، ورحم المولىٰ[3] غير مؤثرٍ إذا كان الإيجابُ وقع لغيره، فيثبت الرجوع.

وكان أبو جعفر الهندواني يقول: ليس له أن يرجع في هذه المسألة في قولهم؛ لأن الهبة إما أن يعتبر فيها حال العبد أو حال المولىٰ، وأيهما كان من جهةٍ كاملةٍ، وذلك يمنع الرجوع.

وعلىٰ هذا التفريع إذا وهب لمكاتب، وهو ذو رحم محرم من الواهب، أو

---

(١) في ب (وقالا).

(٢) (من وجه) سقطت من ب.

(٣) في ب (ورحم الموهوب له).




مولاه ذو رحم [محرمٍ] من الواهب، فإن أدّىٰ المكاتب اعتبر حاله، فإن كان ذا رحم محرم من الواهب، لم يرجع، فإن كان أجنبيًا، فله أن يرجع؛ لأن ملكه استقر بالعتق، فكأن الهبة وقعت له وهو حرٌّ، وإن كان أجنبيًا رجع الواهب، وإن كان ذا رحمٍ محرمٍ لم يرجع.

وإن عجز المكاتب، فَرُدَّ في الرق، ففي قياس قول أبي حنيفة(١): يعتبر حال المولىٰ، فإن كان أجنبيًا فللواهب أن يرجع، وإن كان ذا رحمٍ محرمٍ من الواهب فليس له أن يرجع؛ لما بيَّنَّا: أن كسب المكاتب موقوفٌ عليه وعلىٰ المولىٰ، فإذا استحقّه المولىٰ استقرّ له، فكأنه وهبةُ له(٢) بالعقد.

وعلىٰ قول محمد: لا يرجع الواهب في الأحوال كلها؛ لأن كسب المكاتب لنفسه، فإذا انتقل إلىٰ المولىٰ بعجزه، فكأنه وهبَ [له] فمات وانتقل إلىٰ ورثته، [فأما ما دام مكاتبًا، فالواجب أن يعتبر بحال المكاتب، فإن كان ذا رحم محرمٍ من الواهب، لم يثبت الرجوع، وإن كان أجنبيًا رجع](٣).

تم كتابُ الهبة



---

(١) في ب (أبي يوسف).

(٢) في ب (وجب له).

(٣) انظر: الأصل ٣/٤١٤، ٤١٥.

[٦٩] كتابُ الوديعةِ

قال: الوديعة[١] عندنا عقدٌ جائزٌ، والدليل على جوازه قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]، وهذا أمرٌ بالتعاون على البرّ.

وقال ﷺ: «**لا يزال الله في عون العبد، ما دام العبد في عون أخيه**»[٢]، وروي أنه قال: «**من ائتمن أمانةً فليردها**»[٣].

ولأن الناس يفعلون هذا في سائر الأعصار من غير خلاف؛ ولأنه لا خلاف في ذلك بين الأُمةِ، وهي من عقود الأمانات، والدليل عليه قوله ﵇: «**ليس على المستودع غير المغلّ ضمانٌ، ولا على المستعير غير المغلّ ضمانٌ**»[٤].

قال أبو الحسن: والوديعة عند أصحابنا جميعًا أمانةٌ، فإذا قبلها المودَع، فهو مؤتمنٌ مستحفظ، وهذا على ما بَيّنّا.

وإنما كان مستحفظًا؛ لأنه موكلٌ بالحفظ دون غيره، فكان عليه أن

---

(١) الوديعة لغة: مأخوذة من ودّعت الشيء، إذا تركته.
«وفي الشرع: عبارة عن ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ، مع بقائها على حكم ملك المالك». الجوهرة ص٢٤٨. وهي اسم لما يحفظ المودَع.

(٢) أخرجه مسلم (٢٦٩٩).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٠٧١٤) وفيه أبو حرة الرقاشي، وثقه أبو داود وضعفه ابن معين، وفيه علي بن زيد وفيه كلام. انظر مجمع الزوائد (٣/٢٦٦).

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن (٣/٤١) وفيه ضعيفان، وقال الدارقطني: «وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع».

يفعل ما أمر به.

قال: ويلزمه حفظها بما يحفظ به ماله من يدٍ أو حِرْزٍ؛ وذلك لأن الإنسان لا يلتزم حفظ مال الغير إلا على الوجه الذي يحفظ ماله، وإذا فعل ما يفعله في ماله لم يضمن.

قال: وسواء حفظها في يده أو في يد غيره إن كان الغير ممن يكون ماله في يده ويستحفظه إياه، وهذا إذا كان الحافظ في عيال المودَع؛ لأنه لا يتمكن من الحفظ إلا بمن في عياله، فصار مأذونًا في التسليم إليه.

ولأنه لو لم يسلم الوديعة إليه لحصلت في يده من طريق الحكم إذا خرج المودع من داره وخَلَّى بين عياله وبين الدار، وإذا لم يضمن بذلك لم يضمن بالتسليم.

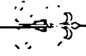
[قال]: فإن أخرجها من يده إلى يد غيره ممن لا يد له في ماله، ولا يستحفظه، أو جعله في حرزٍ ليس بحرزٍ فيه ماله، فهو مخالف ضامن للوديعة لو هلكت قبل أن يردها إلى يده أو حرزه.

أما إذا أخرجها من يده إلى يد من ليس في عياله؛ فلأن المالك رضي بيده ولم يرض بيد غيره، [يعني في غير حال الضرورة]، وحكم الأيدي مختلفٌ.

فإذا سلمها إلى من ليس في عياله، فقد حفظها بيد من لم يرض المالك بها، فيضمن؛ ولهذا المعنى قالوا: ليس للوكيل أن يوكل؛ لأن المالك رضي برأيه ولم يرض برأي غيره.

وأما قوله: وإذا حفظها في حرزٍ (ليس بحرزٍ فيه ماله، ضمن، فإنما يعني بذلك: أنه أحرزها في حرز)[1] غيره، فيصير بذلك [٣٧٩/ب] في حكم المودع.

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

وأما إذا استأجر حرزًا لنفسه، وحفظها فيه دون ماله، لم يضمن؛ لأن هذا حرزٌ له كالحرز الذي فيه ماله.

قال: فإن ردها إلىٰ يده [أو حرزه بعد أن كان أخرجها عن يده] أو حرزه، برئ من الضمان، وعادت الوديعة إلىٰ حال الأمانة كما كانت في الأول(١).

وكذلك إن استعمل الوديعة، فكانت دابة فركبها، أو حمل عليها، أو عبدًا فاستخدمه، أو ثوبًا فلبسه، أو شيئًا مما يفرش ففرشه، ثم أقلع عن ذلك، وردها إلىٰ حالها الأولىٰ (برئ من الضمان، فإن لم يفعل حتىٰ هلكت في تلك الحال قبل أن يردها إلىٰ الحال الأولىٰ)(٢) لزمه ضمانها.

قال: وجملة هذا: أن المودَع إذا تعدّىٰ في الوديعة، ثم أزال التعدي، برئ من الضمان عندنا، وقال الشافعي: لا يبرأ(٣).

لنا: أن أمره بالحفظ عامٌّ في سائر الأوقات، والأمر لا يبطل بالتعدي؛ بدلالة أن من وكّل رجلاً ببيع عبده، فأعتقه الوكيل، أو وهبه، أو باعه بثمن يسير، فقد تعدىٰ في فعله، ولا يمنعه ذلك من بيعه في الثاني، فإذا لم يبطل الأمر بالتعدي، وأزال(٤) التعدي، فقد رجعت العين إلىٰ يدٍ تقوم مقام(٥) يد المالك، فكأنّه ردّها إلىٰ وكيله، فيبرأ من الضمان.

وليس هذا كما لو جحد الوديعة ثم أقرّ بها؛ لأن الجحود لا يكون إلا بعد

---

(١) انظر: الأصل ٨/٤٣٢.

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) انظر: الأم ص ٧٣٨؛ المنهاج ص٣٦٣؛ رحمة الأمة ص١٣٩.

(٤) في ب (فإذا).

(٥) سقطت هذه الكلمة من ب.




مطالبة المالك بالرد، والمالك إذا طالب بالرد فقد عزله عن الحفظ، فإذا اعترف بالوديعة فلم يردها إلىٰ يدٍ تقوم مقام يد المالك، لم يسقط الضمان.

وقد قالوا: في المستأجر إذا تعدّىٰ ثم أزال التعدي، لم يبرأ من الضمان؛ لأن يده لنفسه، ألا ترىٰ أنه يقبض الشيء لمنفعة نفسه، فإذا زال التعدي لم يرد العين إلىٰ يدٍ تقوم مقام يد المالك.

وطعن عيسىٰ بن أبان علىٰ هذا فقال: بأن يد المستأجر [يدٌ] كمؤاجره؛ بدلالة أن له أن يرجع عليه مما يلحقه من الضمان، كالمودع.

وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لا يرجع للمعنىٰ الذي قاله، وإنما يرجع؛ لأنه غرّه بإيجاب عقد فيه بدل، كما يرجع المشتري علىٰ البائع بما يلحقه من الضمان، وإن لم تقم يده مقام يده.

وكذلك قالوا: في المستعير إذا تعدّىٰ ثم أزال التعدي، لم يبرأ من الضمان؛ لأن يده لا تقوم مقام يد المالك، ألا ترىٰ أنه يمسك الشيء لمنفعة نفسه، (لا لمنفعة المالك.

فأما المودَع، فيده قائمةٌ مقام يد المالك؛ لأنه يمسك لمنفعته)[1]، فصارت يده كيده[2].

قال: فإن أخرجها عن يده في حال ضرورةٍ مثل أن يقع في داره حريق غالب يخاف عليه علىٰ الوديعة، أو يكون معه في سفينة فيلحقه غرق، أو لصوص وما

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٢) في ب (فصارت يده كيد غيره).

أشبه ذلك، فيدفعها إلى غيره، فلا يضمن؛ وذلك لأنه مأمور بالحفظ، ولا يقدر على الحفظ في هذه الحالة إلا بالإيداع، فكان مأذونًا فيه.

قال أبو يوسف: ولا يصدقه على العذر حتى يقيم بيّنةً، وكذلك قياس قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن الإيداع سببٌ للضمان، فإذا ادَّعى سقوط الضمان بالضرورة، لم يقبل قوله إلَّا ببيّنةٍ، كما لو ادعى أن المالك أذن له في الإيداع.

قال: وإن سافر فاستودعها رجلاً، فهو ضامن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، فإن خرج بها معه فلا ضمان عليه.

وقال في هذه المسألة: إن كانت الوديعة لها حملٌ ومؤنةٌ، فليس للمستودع أن يحولها من المصر الذي استودعها فيه، فإن خرج بها من ذلك المصر، فلا ضمان عليه، (ما خلا خصلةً واحدةً)[1]: أن يكون طعامًا كثيرًا، أو برًا كثيرًا، فإنه يضمن استحسانًا، وليس بقياس، والقياس: أن لا يضمن.

وقال أبو حنيفة: يخرج بها حيث شاء، كان لها [حملٌ و]مؤنة أو لا [حمل ولا مؤنة]، وروى هشام عن محمد مثل قول أبي يوسف.

وجه قول أبي حنيفة: أن المودع لا يلتزم حفظ الودائع ليترك السفر الذي يحتاج إليه لمصالحه، فإذا عنّ له سفرٌ، لم يجز أن يودع الوديعة فيضمن، ولا يكلف أن يستأجر لها منزلاً؛ لأن هذا ضمان لم يلتزمه المالك، فلم يبق إلا أن يسافر بها؛ ولأن المودع لما أطلق الأمر بالحفظ، اقتضى ذلك عموم الحال في السفر والحضر.

وجه قولهما: أن ما له حملٌ ومؤنةٌ، يلحق المالك ضرر بالسفر فيه لمؤنة

(١) سقطت من ب.

الرد، فلم يجز للمودع ذلك، وما ليس له مؤنة، لا يلزمه ضرر في رده، فبقي على أصل القياس.

قال: فإن ذهبت[(١)] الوديعة بغير فعلٍ من المودَع، أو دخلها نقصٌ بغير فعله، فلا ضمان عليه.

وإن ادّعى في ذلك دعوى أنها هلكت، أو هلك [بعضها] بغير فعله، أو ادعى أن ذلك كان بفعل غيره بغير أمره، فالقول قوله مع يمينه؛ وذلك لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «**من استودع وديعة فهلكت، فلا ضمان عليه**»[(٢)]، وعن عمر ابن الخطاب أنه قال: «العارية بمنزلة الوديعة، لا يضمن صاحبها إلا أن يتعدى»[(٣)]، وعن الحسن قال: (أدركت ثمانين من أصحاب محمد ﷺ، ما رأيتهم يضمنون الودائع[(٤)])؛ ولأنه مؤتمنٌ، فلا يلزمه الضمان إلا بالتعدي؛ ولأن يده كيد المالك، ولو هلكت العين في يد المالك، لم يضمنها، فكذلك إذا هلكت في يد المودع.

وإنما يرجع إلى قوله؛ (لأن الأمين يقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه، كالأب والوصي؛ ولأن الأصل)[(٥)] أنه لم يوجد منه سبب من أسباب الضمان، ومن يمسك بالأصل فالقول قوله.

---

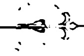
(١) في ب (قطعت).

(٢) رواه الدارقطني في السنن (٣/٤١) وفيه ضعيفان، وقال الدارقطني: «وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع».

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٤٧٨٥)

(٤) لم أجده.

(٥) ما بين القوسين سقطت من ب.

وإنما كان القول قوله مع يمينه؛ لأنا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومة، والشيء مما يصح بذله، فكان عليه اليمين، كالمدعىٰ عليه الدين.

قال: فإن أخرجها من يده إلىٰ يد غيره، أو أَمَر غيره أن يحدث فيها حدثًا يستهلكها به، أو يدخلها نقصًا فاحشًا[1]، ثم ادعىٰ أن ذلك كان بأمر المودِع، لم يصدّق علىٰ ذلك، إلا أن يقيم عليه بيّنة.

وإن لم يقم له علىٰ ذلك بينةً، ضمن بعد أن يحلف المودِع بالله ما أمره بذلك، فإن حلف، ضمنه، وإن أبىٰ أن يحلف، فلا ضمان عليه؛ وذلك لأن إخراجها من يده والأمر بالتعدي فيها سببٌ من أسباب الضمان، [إن] ادَّعىٰ البراءة منه، وأقرَّ المالك، فلا يقبل قوله في إسقاط الضمان.

وإنما وجب استحلاف المودِع؛ لأن للمودَع فائدةٌ في يمينه، لما يؤدي النكول إليه من إسقاط الضمان عنه، فلذلك استحلفه، فإن حلف، فقد قطع الخصومة، فوجب الضمان، وإن نكل، فقد بذل الإذن، وذلك مما يصحّ بذله، فيسقط الضمان.

قال: وإذا ادَّعىٰ رجل أنه أودع رجلاً شيئًا، فجحد المُدَّعىٰ عليه الوديعة[2]، فالقول قوله مع يمينه.

فإن أقام المُدَّعي البينة علىٰ الوديعة، أو استُحلِف فنكل عن اليمين، ثم أقرّ بعد إقامة البينة أو بعد إمضاء اليمين، فقال: قد كنت استودعتني فهلكت الوديعة

(١) في ب (يدخلها نقصانًا بذلك).
(٢) في ب (فحج المدعىٰ فأنكر الوديعة).




[٣٨٠/أ] في يدي، لم يقبل منه، وضمن؛ وذلك لأنه لما جحد الوديعة، فقد حكمنا له بحكم الملك فيها، ولا يجوز أن يحكم له بالملك في ملك غيره حتىٰ نوجب عليه الضمان، فإذا ضمنها لم يسقط عنه الضمان[١] بالهلاك؛ ولأن الأمر بطل بالجحود، فصار المودع غاصبًا، فلا يقبل قوله في الهلاك.

قال: وكذلك إن أقام بينةً بعد جحوده الوديعة، لم يسمع من بينته؛ لأن جحود الوديعة أكذب البينة بهلاكها، [والمُدَّعِي][٢] إذا كذّب بيّنته لم يسمع.

فإن أقرّ ربّ الوديعة أنها هلكت في يده قبل جحوده إياها، برئ المودَع من الضمان، وإن لم يقرّ بذلك ولم تقم له بينةٌ وقال المستودَع: استودعتني فهلكت، فحلّفه: ما هلكت قبل أن أجحدها، فإن القاضي يحلفه: ما يعلمه هلكت قبل جحوده؛ وذلك لأن الإقرار ثبت حكمُه بنفسه، فإذا أقرّ ربّ الوديعة أنها هلكت قبل الجحود، فقد هلكت علىٰ الأمانة، والجحود بعد ذلك لا يوجب الضمان فيها.

فإن لم يقر استحلف؛ لأن اليمين فيها فائدة للمودَع، ويستحلف علىٰ العلم؛ لأنها يمينٌ علىٰ فعل الغير.

قال بشرٌ: سمعت أبا يوسف في رجلٍ استودع رجلاً ألف درهم، فقال المستودَع: قد ضاعت، فالقول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه.

وقال أبو يوسف: أخبرنا الحجاج عن، أبي الزبير، عن جابر: أن رجلاً استودع رجلاً وديعة، فقال: سُرِقَت، فاختصما إلىٰ أبي بكر رضي الله عنه، فلم يضمنه[٣]،

(١) (عنه الضمان) سقطت من ب.

(٢) في أ (والمودع)، والمثبت من ب، وهو المناسب في السياق.

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢١٤٦٧)




وهذا على ما قدمنا.

قال: ولو أن المستودَع قال: قد ضاعت، ثم قال بعد ذلك، بل كنت دفعتها إليك، وأوهمت، فإنه لا يصدق، وهو ضامن؛ لأنه أكذب نفسه في ردها بدعوى الهلاك، وأكذب نفسه في الهلاك بدعوى الردّ، فإذا سقطت الدعوتان، بقي الشيء في يده في الظاهر، فيلزمه الضمان.

وقد قال أبو يوسف: في الوديعة إذا جحدها المودَع [مع] صاحبها، ضمن، فإن جحدها مع غيره، لم يضمن؛ وذلك لأن الضمان إنما يجب بترك التسليم عند وجود الأخذ[1]، وهذا المعنى موجودٌ بمطالبة المالك دون غيره؛ ولأن المودع قد يجحد الوديعة مع غير مالكها على طريق الحفظ [لها]، فلم يوجب ذلك الضمان عليه.

وقال زفر: يضمنها في الوجهين جميعًا؛ لأن الجحود لما تعلّق به الضمان، استوى فيه أن يكون بحضرة المالك أو بغير حضرته، كالتعدي.

قال أبو حنيفة: إذا استعار ثوبًا ليلبسه، أو دابةً ليركبها، أو كان عنده مال وديعةً فبعث به مع رسولٍ من أهله وعياله، فلا ضمان عليه، وإن بعث [بذلك] مع رجلٍ ليس في عياله، فهو ضامنٌ، وكذلك قال أبو يوسف.

وقال ابن أبي ليلى: لا ضمان عليه في الوجهين جميعًا[2]؛ وهذا على ما بَيَّنَّا: أن المودَع له أن يحفظ الوديعة بنفسه وبمن في عياله، فجاز له أن يسلمها إليهم، ومن ليس في عياله، لا يجوز أن يحفظ به، فلا يجوز أن يسلم إليه.

(١) في ب (عند وجوب الرد).
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.




وأما ابن أبي ليلىٰ، فمن أصله أن المودَع يجوز له أن يودِع[1]، فإذا أسلم إلىٰ أجنبي لم يضمن بالتسليم.

قال: وإذا استودع رجل رجلاً ألف درهم، فقال: خبئها في بيتك هذا، فخبّأها في بيتٍ آخر من داره تلك، فضاعت الوديعة، فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال: ضعها في كيسك هذا، فوضعها في صندوقه، لم يضمن، وكذلك لو قال: أمسكها بيدك ولا تَضَعْها ليلاً أو نهارًا، فوضعها في بيته، فهلكت، لم يكن عليه الضمان.

وذلك لأن البيوت في الدار الواحدة حرزٌ واحدٌ، ألا ترىٰ أن السارق إذا نقل من بيتٍ [إلىٰ بيتٍ] لم يقطع، والحرز الواحد لا فائدة في تعيين بعضه دون بعضٍ، والأمر الذي لا فائدة فيه يسقط حكمه، أصله: إذا قال: أودعتك علىٰ أن تنظر إليها بعينك اليمنىٰ دون اليسرىٰ.

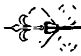
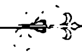
وليس هذا كما لو قال: احفظها في هذه الدار، فحفظها في دارٍ أخرىٰ؛ لأن كلّ واحدٍ من الدارين حرزٌ منفردٌ، والأحراز تختلف، فللمالك غرضٌ في بعضها دون بعضٍ صحيحٌ، فصحّ تعيينه، فإذا أودع في غير الحرز، ضمن.

وأما إذا قال له: عليك أن تمسكها بيدك ولا تضعها، [فإن] هذا مما لا يمكن، والأمر به لا يتعلّق به حكمٌ، فسقط.

ولو قال: لا تخرجها من الكوفة، وضعها في بيتك، فخرج بها عمدًا إلىٰ البصرة أو إلىٰ غيرها، ضمن؛ لأن السفر فيه خطر بالمال، فإذا نهاه عنه، فقد خصّ الحفظ تخصيصًا فيه فائدةٌ، فتعلّق الحكم به.

---

(١) في ب (أن المودع له أن يحفظ الوديعة بنفسه وبمن في عياله يودع). خطأ.

قال: فإن انتقل من الكوفة إلىٰ البصرّة، أو إلىٰ غير ذلك لشيءٍ لم يكن له منه بُدّ، فهكلت، فلا ضمان عليه، وهذا إنما يُريد به إذا جاز لم يكن عليها، فهو مأمور بالحفظ، فإذا لم يقدر علىٰ حفظها في المصر، جاز له النقل، كما يجوز له في [نقلها](١) [عن داره إلىٰ دار غيره](٢) عند الحريق.

قال: فإن استودع وديعةً وقال له: لا تسلمها إلىٰ امرأتك فإني أتهمها [عليها]، أو إلىٰ عبدك، أو إلىٰ أمتك، أو إلىٰ ابنك، أو إلىٰ ابنتك، فإني أتهمهم، فدفعها المستودع إلىٰ بعض من ذكرنا، فهلكت الوديعة، قال: إن كان المودَع لا بد له فيما صنع، ولا يجد بدًا من أن يدفعها إلىٰ بعض ما ذكرنا، لم أُضَمِّنْهُ؛ وذلك لأن من كان في عياله منهم، لا يستطيع منعه منها؛ لأنه يصير في يده من طريق الحكم، فلا يكون للنهي فائدةٌ، ومن ليس في عياله يقدر علىٰ حفظها منه، فلم يجب التسليم إليه كالأجنبي.

قال: فإن أودع رجلان رجلاً وديعة، دراهم أو دنانير أو [دوابًا](٣) أو عبيدًا، أو ثيابًا(٤)، فجاء أحدهما والآخر غائبٌ، فقال للمستودَع ادفع إليّ حصّتي من ذلك، فأبىٰ ذلك عليه، فتقدما إلىٰ القاضي، [قصّا عليه القصة]، فإن القاضي لا يقضي عليه أن يدفع إلىٰ الحاضر حصّته دون الآخر، حتىٰ يجتمعا جميعًا.

وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك وأدفع إليه حصته، ولا تكون قسمة جائزة علىٰ الغائب.

---

(١) في أ (فعلها) والمثبت من ب.

(٢) في أ (عن بلده)، والمثبت من ب.

(٣) في أ (دراهم)، والمثبت من ب.

(٤) في ب (بستاناً) خطأ.

وقد روي عن محمد أنه قال: قول أبي حنيفة أقيس، وقول أبي يوسف: أوسع.

لأبي حنيفة: أن المدفوع لا يخلو: إما أن يكون نصيب الحاضر خاصّةً، أو من النصيبين، ولا يجوز أن يكون نصيبه خاصةً؛ لأن ذلك لا يكون إلا بالقسمة، والمودَع ليس بوكيلٍ في القسمة، ولا يجوز قسمته المال مع غيبته، ولا يجوز أن يكون المدفوع من النصيبين جميعًا؛ لأن تسليم نصيب الغائب إلى الحاضر لا يجوز.

وجه قولهما: أن الغائب لو حضر فأخذ شريكه بعض المال وأتلفه، لم يجبر على ردّه، فكذلك إذا كان غائبًا، جاز أخذه من جهة المودَع.

وهذا إنما يُتصوّر في المكيلات والموزونات خاصةً.

وليس بصحيحٍ؛ لأنه ليس إذا أخذ المستحق بعض المال المشترك [وأتلفه] لم يجبر على رده (مما يدلّ على أنه يجوز)[1] للمستودع الدفع إليه، (ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقّه لم يجبر على ردّه)[2]، ولا يجوز لمودع الغريم أن يدفع إليه.

ولهما: أن الدين المشترك إذا حضر أحد الشريكين، كان له أن يطالب بحقه، [٣٨٠/ب] فكذلك العين المشتركة.

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأن [المودَع] إذا دفع إلى أحد الشريكين مقدار دينه، فإنما يدفعُ مال نفسه لا مال الغائب، وفي مسألتنا: يدفع مال الغائب[3]

(١) في ب (مما يجوز).

(٢) ما بين القوسين سقطت من ب.

(٣) في ب (الغير).

بغير إذنه، فلا يجوز.

وأما قولهما: إنه لا تكون قسمةً جائزةً في حقّ الغائب، فمعناها: أن الباقي في يد المودَع إن هلك وحضر الغائب، كان له أن يرجع على القابض بنصف ما قبض؛ لأن القسمة لم تصحّ، وقد سلم لأحد الشريكين من المال المشترك ما لم يسلم لشريكه مثله، فلذلك رجع عليه.

قال: وإذا أودع رجلٌ رجلين مالاً، قال: يأخذ كلّ واحدٍ منهما نصفه حين يقتسمانه[١]، فإن دفع أحدهما المال كله إلى صاحبه، ضمن في قول أبي حنيفة، ولم يضمن في قول أبي يوسف ومحمد، وهذا فيما يمكن قسمته، فأما ما لا يمكن قسمته، فلكلّ واحدٍ منهما أن يدفع إلى الآخر[٢].

لأبي حنيفة: أن المالك رضي بحفظهما، ولم يرض بأحدهما، فإذا أمكن كلّ واحدٍ منهما الحفظ على الوجه المأمور به، فلم يفعل، صار ضامنًا، كالمودع الواحد إذا سلم الوديعة إلى غيره.

وليس كذلك ما لا يقسم؛ لأن المودِع يعلم أنهما لا يجتمعان أبدًا في مكانٍ واحدٍ، فتسليمه إليهما رضًا بيد كلّ واحدٍ منهما.

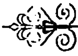
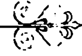
وجه قولهما: أن المالك رضي بأمانتيهما، فلكل واحد التسليم إلى الآخر، كالشيء الذي لا يقسم.

وعلى هذا، قال أبو حنيفة في المرتهنين والوكيلين بالشراء: إذا سلّم

---

(١) وفي ب (يعني).

(٢) في ب (أن يسلمه إلى الآخر).

أحدهما إلىٰ الآخر ما يمكن قسمته، ضمن؛ لما بَيَّنَّا.

قال: وإذا أودع رجلٌ رجلاً مالاً، فأودعه الذي قبض الوديعة غيره فضاع، فإن أبا حنيفة قال: الضمان علىٰ الأول، وليس علىٰ الثاني ضمان.

وقال أبو يوسف ومحمد: لربّ الوديعة أن يضمّن الآخر، فإن ضمّنه رجع علىٰ الأول، وإن ضمّن الأوّل لم يرجع علىٰ الآخر.

لأبي حنيفة: أن الضمان إنما وجب بقبض المودَع الثاني، والفعل الواحد لا يوجب ضمانًا علىٰ اثنين في عينٍ واحدةٍ علىٰ كلّ واحدٍ منهما في جميعها، كالغصب.

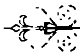
وليس هذا كالغاصب وغاصب الغاصب؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما وُجِد منه غصبٌ مبتدأٌ، فلزم أحدهما الضمان بفعلٍ غير ما لزم به الآخر.

وفي مسألتنا: تسليم الوديعة لا يتعلّق به ضمانٌ؛ لأنه لو سلّمها فحفظها المودَع بحضرة المودَع الأول، لم يضمن واحدٌ منهما، فعلمت أن الضمان إنما هو بما بعد التسليم.

ولا يلزم الشراء الموجب للضمان علىٰ الوكيل و[علىٰ] الموكل؛ لأن الوكيل يضمن بعقد الشراء، والموكل يضمن بعقد الوكالة، لا بالشراء.

ولا يلزم القصار إذا غلط، فدفع ثوب رجلٍ إلىٰ غيره فقطعه، أن كلّ واحدٍ منهما ضامنٌ[1]؛ لأن الثاني ضمن بالتصرف، والأول ضمن بالدفع، ألا ترىٰ أنه ممنوعٌ من دفع ثوب الإنسان إلىٰ غيره.

(١) في ب (ضامن للثاني)، بزيادة (للثاني)، والسياق لا يقتضيها.




ولأن الضمان لما وجب على الأول بفعل الثاني، لم يجب على الثاني ضمانٌ، كأجير الأجير المشترك إذا دَقَّ الثوب فتخرق، ضمن الأجير المشترك، ولم يضمن أجيره؛ ولأنه مودعٌ لمؤتمنٍ، فصار كمودع الشريك والمضارب.

وجه قولهما: أن الأول تعدّىٰ بالتسليم، والثاني تعدّىٰ بالقبض، فصار كالغاصب وغاصب الغاصب.

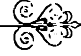
وقال ابن سماعة عن محمد في نوادره: سمعت محمداً قال: في رجلٍ أودع رجلاً وديعةً، فجاء بها المودَع فوضعها في منزل المودِع، فضاعت الوديعة، إن المستودَع ضامنٌ لها؛ وذلك لأن المودِع رضي بيده، ولم يرض بيد غيره، فإذا أخرجها من يده إلىٰ يد المالك[1]، ضمن[2].

وعلىٰ هذا، لو دفعها إلىٰ من في عيال المالك؛ لأن المالك لم يرض بيدهم، فصاروا في حقه كالأجانب، وهذا هو القياس عندنا في العارية والإجارة إذا ردهما إلىٰ بيت مالكهما.

وإنما استحسنوا فيهما للعادة، وهو أن الجيران يستعير بعضهم من بعض آلة البيت، ويردونها إلىٰ دارهم من غير تسليم، وكذلك تستعار الدابة، وترد إلىٰ الإصْطَبل، ألا ترىٰ أن العادة لم تجر أن تستعار دابة الأمير، ثم تعاد[3] إلىٰ مجلسه، وإنما تُردّ إلىٰ القيّم بها، وتركوا القياس للعادة، وهذه العادة غير موجودة في الودائع.

---

(١) في ب (إلىٰ غير يد المالك)، بزيادة (غير)، والسياق لا يقتضيها.
(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.
(٣) في ب (ثم تحتمل).

ولهذا قالوا: في العارية إذا كانت عِقْد جوهر، لم يجز أن يردها إلَّا إلىٰ المعير؛ لأن مثل هذا لم تجر العادة بطرحه في الدار، ولا يدفعه إلىٰ غلمان الخدمة، فصار كالوديعة.

وقال ابن سماعة عنه: في الرجل يبعث بالوديعة تكون عنده مع غلمانه، أو أجيره الذي استأجره مشاهَرَة [أو] مع ابنه الصغير أو الكبير الذي هو في عياله يمونه ويكفيه طعامه وكسوته، أو مع رجل هو في عياله علىٰ مثل تلك الحال، قال: هو جائزٌ، ولا ضمان عليه، وأما رجل يجري عليه نفقته دراهم في كلّ شهرٍ، فليس هذا بمنزلة الذي هو في عياله، فهو ضامنٌ.

وهذا صحيحٌ؛ لأن من كان في عياله لا يقدر علىٰ حفظ الوديعة عنهم، فالتسليم إليهم مأذونٌ فيه، ومن كان في منزله وإن كان في نفقته، فهو يقدر علىٰ منعهم، فيضمن بالتسليم إليهم.

قال: ولو أودع الوديعة شريكًا له مفاوضةً، أو [شريكًا] شركة عِنَان، أو عبدًا مأذونًا له في التجارة، أو عبدًا له معزولاً عن منزله، فضاع، لم يكن في شيء من هذا ضمان، وكذلك أجيره وخادمه.

وكذلك لو استحفظها شريكه، فحملها إلىٰ منزله، فضاعت، لم يكن عليه ضمانٌ.

وكذلك صَيْرفيّان شريكان، أودع أحدَهما رجلٌ وديعةً، فوضعها في كيسه، فأمر شريكه بحفظها، فحمل الكيس بما فيه من الوديعة والبضاعة، فضاع، لم يضمن؛ وذلك لأن كل واحد من الشريكين يحفظ ماله بشريكه، وبمملوكه،




فصارت يدهم في المال كيده، فلم يضمن.

قال: وإذا أودع رجلٌ رجلاً وديعةً، فخلطها بغيرها خلطًا، لا تتميز منه، فهو ضامن، فإن كانت متميّزةً حين يوصل إليها [بعينها]، فلا ضمان على المودَع.

ولو أودعه رجلان، كل واحد منهما ألفًا على حدةٍ، فعمد المودَع إلى الألفين فخلطهما جميعًا، فاختلط المال، فإن أبا حنيفة قال: لا سبيل لواحد منهما على أخذ هذه الدراهم، ولهما على المودع ألفان.

وقال أبو يوسف ومحمد: هما بالخيار: فإن شاءا ضمناه ألفين، وإن شاءا أخذا هذه الألفين فاقتسماها نصفين، وقد بَيَّنَّا هذه المسألة في الغصب وذكرنا لأبي حنيفة: أن الخلط يمنع من الوصول إلى عين الوديعة، كإتلافها، وليس كذلك [٣٨١/أ] الخلط الذي لا يتميز؛ لأنه يمكن الوصول إلى عين[١] الوديعة، فكأنها لم تختلط.

وجهُ قولهما: أن عين المال بحاله، وإنما دخله نقصٌ بالشركة، فكان مالكه بالخيار: إن شاء أخذه مع النقص، وإن شاء ضمّن.

قال محمد: لا يسع المودَع أكل هذه الدراهم حتى يؤدي مثلها إلى أصحابها.

وهذا صحيح من قولهم أما على قولهما: فلأن المودع لم يملكها.

(وعلى قول أبي حنيفة: ملكها)[٢] من وجهٍ محظورٍ لم يؤد بدله.

قال: وإذا أودع رجل رجلاً مالاً، فمات المودَع، فإن كانت الوديعة معروفةً بعينها، قائمة في أيدي الورثة، ردّت على صاحبها، وإن كانت لا تعرف بعينها،

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت من ب.

فهو دين في تركة الميت، يحاص الغرماء، وإن كان دينهم(١) في الصحة، يكون كأحدهم.

أما إذا وجدت بعينها، فلقوله ﷺ: «**من وجد عين ماله، فهو أحق به**»(٢)، فإن لم يوجد، فقد ضيّع المودَع الحفظ فيها بترك بيان حالها، والمودَع إذا ضيع الحفظ [ضمن]؛ ولأنه لمّا لم يبيّن حالها، فالظاهر أنها باقيةٌ في يده، وقد حكمنا له فيها بحكم الملك، ولا يجوز أن نحكم له بالملك فيما لا يملكه حتىٰ يحكم عليه بضمان قيمته.

وإذا ثبت أنها دين عليه، ساوىٰ صاحبها الغرماء.

وإنما صارت كدين الصحة، وإن كان السكوت عن بيانها في المرض؛ لأنه ضمانٌ له سببٌ معلوم، فيساوي ديون الصحة وإن كان في المرض، كالقرض المعروف وثمن البيع(٣).

وَمِنْ مَسَائِلِ هَذَا الكِتَابِ المَشْهُورَةِ:

٢٧٠١ـ [مَسألةٌ: ضمان الصبي المحجور إذا أتلف الوديعة]

إذا أودع صبيًّا محجورًا عليه وديعة، فأتلفها، لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يضمن(٤).

---

(١) في ب (وقتهم).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣١) من طريق الحسن عن سمرة، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه؛ ورواه ابن ماجه (٢٣٣١) من طريق آخر، فيتقوىٰ الطريقان أحدهما بالآخر. وانظر: مصباح الزجاجة للبوصيري (٣/٤٥).

(٣) انظر: شرح مختصر الطحاوي ٤/٢٠٩، وما بعدها.

(٤) انظر: الأصل ٨/٤٣٥.




ولو أودعه عبدًا فقتله، ضمن في قولهم جميعًا[1].

وجه قولهما: أن الصبي من عادته تضييع الأموال، فإذا سلم إليه مع علمه بهذه العادة، فكأنه رضي بإتلافه، فلم يكن له تضمينه، كمن قدّم طعامًا إلىٰ رجلٍ فأكله.

وليس كذلك العبد؛ لأنه ليس من عادة الصبيان قتل العبيد؛ ولأن المودِع مستعملٌ للصبي في حفظ الوديعة، ومن استعمل صبيًا كان ضامنًا فيما يُصيبُ الصبي في عمله، ولو لزمه ضمان في ذلك، لرجع به علىٰ المودِع، فلم يكن لإيجاب الضمان معنىٰ.

وليس كذلك العبد؛ لأن المسألة محمولةٌ علىٰ أنه عبدٌ يمكنه أن يحفظ نفسه، فلم يكن إيداعه عند الصبي استعمالاً للصبي[2] في حفظه.

لأبي يوسف: أن قبول الصبي الوديعة لا يتعلّق به حكمٌ، فكأنه أتلف المال من غير إيداعٍ، فلزمه ضمانه.

وعلىٰ هذا الخلاف: إذا أودع عبدًا محجورًا، قال أبو حنيفة ومحمد: لا ضمان عليه في الحال؛ لأنه مستعمل العبد في الحفظ، ولو لزمه ضمان في استعماله، رجع به علىٰ المودع، فلا معنىٰ لإيجاب الضمان عليه.

لأبي يوسف: أن قبول العبد الوديعة، لا يتعلّق به حكمٌ، فصار كأنه أتلفها من غير إيداعٍ، إلا أن حكم العبد مفارقٌ للصبي من وجهٍ؛ لأن العبد يضمن إذا أعتق، ولا يضمن الصبي بعد بلوغه؛ لأن العبد في نفسه ممن يملك قبول

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) سقطت هذه الكلمة من ب.




الوديعة، وإنما لا يلزمه ذلك لحق المولئ، فإذا زال حق المولئ بالعتق، صار كالحر، والصبي لا قول له، فلا يثبت لقبوله حكمٌ في الحال ولا بعد البلوغ[1].

تم كتاب الوديعة



(١) انظر: الأصل ٨/٤٣٠ وما بعدها.

[٧٠] كتابُ العاريةِ

قال أيده الله تعالىٰ: العارية عقدٌ جائزٌ، والدليل عليه: أن النبي ﷺ استعار من صفوان بن أميّة درعًا[١]، وقال ﷺ: «[العارية مؤدَّاةٌ و]**المنحة مردودةٌ**»[٢]؛ ولأن المنافع يصح تمليكها، فجاز أن تملك بعوضٍ وغير عوضٍ كالأعيان، ولا خلاف في جواز ذلك بين الأمة.

واختلف أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ في معنىٰ العارية، فذكر أبو الحسن: أنها إباحة المنافع.

وكان أبو بكر يقول: إنها تمليك المنافع[٣].

واحتج من نصر قول أبي الحسن: بأن المستعير لا يجوز له أن يؤاجر ما استعاره، ولو ملك المنافع، لجاز له أن يؤاجرها كالمستأجر.

والصحيح: أنها تمليكٌ؛ وذلك لأن المستعير يملك أن يُعير، ولو كانت إباحةً لم يجز أن يُملّكها لغيره، كما لا يجوز لمن أبيح له طعام أن يبيحه لغيره.

ولأن العريّة والعارية اشتق أحدهما من الآخر، وإنما خصّوا كل واحد من

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٠١ ٢)؛ وصححه ابن حبان، (٤٧٢٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢١٢٠)؛ وابن ماجه (٢٣٩٨)؛ وقال: «حسن صحيح».

(٣) العارية في اللغة: مشتقة من التعاور، وهو التناوب والتداول.
وفي الاصطلاح: «هي عقد تبرع بالمنفعة». معجم المصطلحات الاقتصادية ص٢٣٦.
وعرّفها الحدادي بأنها: «عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض». كما بيّنها المؤلف، وسمّيت عارية؛ لتعريها عن العوض. الجوهرة ص٤٥٢.

الاسمين بأمرٍ[١]، فقالوا في تمليك الأعيان: عريّة، وفي المنافع: عارية، فدلّ على أن أحد اللفظين تمليك كالآخر.

وأما امتناع الإجارة؛ فليس لأنه لم يملك، لكن المعنى أنه ملك[٢] المنافع على وجهٍ لا ينقطع حقه عنها متى شاء أن يرجع، فلو أجر المستعير، لتعلّق بالإجارة الاستحقاق، فقطع حق المعير عنها؛ فلذلك لم تجز الإجارة.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: العواري على ضربين: ضرب مضمون، وضرب غير مضمون.

فما كان من العواري له منافع يقع عليها عقد الإجارة، فهي أمانة، ومنافعها مباحةٌ غير مملوكةٍ، يجوز لصاحبها الرجوع فيها متى شاء، كان وقّت للانتفاع وقتًا أو لم يوقّت.

وما لم يكن له منافع يجوز عقد الإجارة عليها، فهي قروض وإن كانت بلفظ العارية، وهي مضمونة إذا اقتضت بأمثالها.

قال: وهذا التقسيم[٣] الذي ذكره أبو الحسن، ليس هو على ظاهره؛ لأن عارية الدراهم والدنانير ليس بعاريةٍ في الحقيقة، وإنما هو عقدٌ على الأعيان، والعارية ما انعقد على المنافع، إلا أنه قسّم على الاسم لا على المعنى.

فإذا أعار ما له منافع، مثل الرقيق، والثياب، والأواني، والعقار، فالعقد وقع على منافعه، وللمستعير أن ينتفع به على الوجه المعتاد.

---

(١) في ب (باسم).
(٢) في ب (لكن المعير ملكه).
(٣) في ب (التفسير).

وقوله: ومنافعها مباحة غير مملوكة، قد تكلمنا عليه.

ويجوز أن يتأوّل قوله، فيقال: إنه أراد بها غير مملوكة، [نفي][1]: الملك المستقر الذي لا يجوز الرجوع فيه.

وإنما جاز الرجوع في العارية متى شاء المعير وقّت أو لم يوقّت؛ لقوله ﷺ: «**المنحة مردودة، والعارية مؤدّاة**»؛ ولأن التمليك يقع على المنافع، وهي معدومة، إنما يملكها المستعير حالاً فحالاً، فما لم يوجد منها تبرع لم يتصل بالقبض، فكان للمتبرع الرجوع فيه.

والدليل على أن العارية أمانةٌ إذا هلكت في يد المستعير لم يضمن؛ قوله ﷺ: [٣٨١/ب] «**ليس على المستعير غير المغلّ ضمانٌ، ولا على المودع غير المغلّ ضمانٌ**»[2]؛ ولأن هذا القبض لا يتعلّق به ضمان الأجزاء[3] إذا تلفت بالاستعمال، فلا يتعلّق به ضمان العين، كقبض المستأجر، وعكسه قبض الغاصب.

والذي روي (أن النبي ﷺ استعار من صفوان أدرعًا، فقال له: أغصبًا تأخذها يا محمد)؟ فقال: «**لا، بل عاريةٌ مضمونةٌ مؤدّاةٌ**»[4]، لا دلالة فيه من وجوه:

أحدها: أن كان هذا بمكة، وهي يومئذٍ دار حربٍ، والشرط الفاسد في دار الحرب كالشرط الصحيح في دار الإسلام.

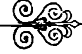
---

(١) في أ (يعني) والمثبت من ب.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سقطت هذه الكلمة في ب.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٣٠١)؛ وصححه ابن حبان (٤٧٢٠).

ومن أصحابنا من قال: إن العارية إنما لا تضمن إذا لم يشترط ضمانها، فإذا شرط ضمانها، ضمنت، وقد شرط النبي ﷺ الضمان.

فإن قيل: لو[1] كانت العارية لا تضمن، لم تضمن بالشرط، كالإجارة والوديعة.

قيل له[2]: إن الإجارة والوديعة إنما لم تضمن بالشرط؛ لأنه لا فائدة في شرط الضمان فيها، ألا ترىٰ أن ما يلحق المستأجر والمودَع من الضمان يرجع به علىٰ المؤاجر والمودِع، وفي شرط الضمان في العارية فائدةٌ؛ لأن المستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان علىٰ المعير.

وجواب ثالث: وهو أن النبي ﷺ أخذ الأدرع من صفوان بغير رضاه، ألا ترىٰ أن صفوان رجل من أهل اللغة، لا يخفىٰ عليه اسم الغصب، وقد قال له: أغصبًا تأخذها يا محمد؟، فدل علىٰ أنه أخذها [بغير بدلٍ][3]، وللإمام عندنا إذا احتاج المسلمون إلىٰ مثل هذا، أن يأخذه بغير إذن مالكه، فيكون مضمونًا علىٰ بيت المال.

وجواب رابع: وهو أن ابن جرير روىٰ أن هذه الأدرع كانت لأهل مكة في يد صفوان[4]، فقد أعارها بغير إذنهم، وهذه العارية يتعلّق بها الضمان.

وجواب خامس: وهو أن قوله: «بل عارية مضمونة»، معناه: مضمونة الردّ،

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في ب (والجواب).

(٣) في أ (بغير قوله)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة.

(٤) روىٰ الحديث ابن جرير في التاريخ (٢/١٦٧)، وليس فيه أنها كانت لأهل مكة.

ألا ترىٰ أنه جعل الضمان صفة العارية، وضمان القيمة لا يكون صفةً لها، وإنما يكون بعد هلاكها.

قال: ولا يضمن العارية إلا أن يتعدىٰ فيها، أو يخالف الاستعمال لغير ما استعاره، كما يضمن المستأجر في استعمال ما استأجر في غير ما استأجره له؛ وذلك لأنه قبضها بأمر المالك، فإذا تعدىٰ أو خالف ما أمره به، فكأنه استعمل العين بغير إذن مالكها، فلزمه الضمان.

فأما القسم الثاني: وهو عارية ما لا منافع له، مثل الدراهم والدنانير والحنطة والشعير، فإنما كان قرضًا؛ لأن العارية تمليك المنافع، والمنافع المقصودة من الدراهم والدنانير[1] إنفاقها واستهلاك أعيانها، فكأن المعير أذن له في ذلك.

ثم لما كان عقد العارية يتضمن وجوب الردّ، أوجب ذلك الضمان فيها بأمثالها، وهذا معنىٰ القرض؛ فلذلك جعلوا عارية الدراهم قرضًا، ولا تملك إلا بالقبض، كما لا يملك القرض إلا بالقبض؛ لأن القرض تبرعٌ، فلا يتم إلا بمعنىٰ ينضم إلىٰ عقده.

قال: وإذا استعار رجلٌ من رجلٍ دابةً، علىٰ أن يذهب عليها حيث شاء، ولم يسم مكانًا، ولا وقتًا، ولا ما يحمل عليها، فذلك جائزٌ، وله أن يحمل عليها ما شاء، ويذهب بها حيث شاء من المصر، [إن لم يخرج بها][2] عن المصر، وله أن يعيرها غيره؛ لأنه استعارها له، إلا أن يكون (شرط أن يكون)[3] هو الذي يركبها، أو كان ثوبًا فشرط أن يلبسه هو، فليس له أن يركب غيره أو يلبس الثوب

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) في أ (وأن يخرج بها)، والمثبت من ب، وهو الصواب في العبارة، وانظر البحر الرائق (٢٨٢/٧).

(٣) سقطت من ب.




غيره، وما كان غير هذين، فما للمعير أن يفعله، فله أن يعيره غيره؛ وذلك لأنه لما أطلق العارية، ولم يخص منفعة دون منفعة، ولا مكانًا دون مكان، ولا راكبًا دون راكب، كان ذلك على العموم، إذ لو أراد الخصوص لخصّ.

وأما إذا استعار الشيء على أن يستعمله بنفسه، فهو على وجهين: كل ما تختلف منافعه باختلاف المستوفي، فليس له أن يعيره؛ وذلك لأن لبس الثوب يختلف باختلاف اللابس، وركوب الدابة تختلف باختلاف الراكب (وعمله بالركوب)[1]، فإذا رضي المعير بلبس رجل، أو بركوبه، لم يكن ذلك رضًا بغيره[2].

فأما ما لا[3] يختلف منافعه باختلاف المستوفي، مثل الدار يستعيرها [ليسكنها]، فأعارها غيره، فلا ضمان عليه؛ لأن المنافع غير مختلفةٍ، فإذا رضي باستيفاء المستعير لها، فاستيفاء غيره كاستيفائه، فكأنه أذن فيه.

قال: وكل ما كان للمعير أن يفعله، فكل ذلك للمستعير منه، وما ليس له أن يفعله، فكذلك المستعير؛ لأن المستعير إنما يملك المنافع بالعارية، فمقدار ما يملكه يجوز أن يملّكه غيره، وما لم يملكه لا يجوز تمليكه له.

قال: وليس للمستعير أن يؤاجر شيئًا مما استعار، مما يصح فيه الإجارة، وإن فعل فهو ضامنٌ حتى يسلمه إلى المستأجر، ويكون المعير في ذلك بالخيار: إن شاء ضمن المستعير، وإن شاء ضمن المستأجر، فأيهما ضمّن لم يرجع على صاحبه.

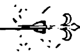
وإنما لم يجز أن يؤاجره؛ لما قدمنا: أنه بالإجارة يقطع الحق الثابت للمعير

---

(١) سقطت من ب.

(٢) انظر: الأصل ٤٥٢/٨.

(٣) (لا) سقطت من ب.

في الرجوع، وهذا لا يجوز.

فإن قيل: فهلا جوّزتم إجارته، وجعلتم حق المعير في الرجوع عذرًا تفسخ به الإجارة، فلا ينقض[1] حق المعير.

قيل له[2]: إنا لو جَوَّزْنَا الإجارة، لصارت من مقتضى عقد العارية، فكأن المعير أذن له فيها، فلا يجوز أن يفسخ لحقه، وإذا لم يملك أن يؤاجر، فسلم إلى المستأجر، فالتسليم تعدٍّ من جهته، فتعلّق به الضمان.

والمستأجر ضامنٌ؛ لأنه قبض العين على وجهٍ لا يجوز قبضها عليه، فإن ضمن المستعير، لم يرجع على المستأجر؛ لأنه ملك العين بالضمان، فكأنه آجر ملك نفسه، فهلك[3].

وإن ضمّن المستأجر، لم يرجع على المؤاجر، وهذا محمول على أنه استأجرها وهو يعلم أنها عارية، فلا يوجد من المستعير غرور له، والرجوع إنما يثبت بحكم الغرور، وأما إن لم يعلم، فيرجع عليه؛ لأنه قد غرّه بإيجاب عقدٍ فيه بدلٌ.

قال: وإذا استعار دابةً للركوب، أو ثوبًا للبس، ولم يسم من يلبسه، فأعاره غيره ليلبسه، أو أعار [الدابة] غيره[4] ليركبها، فلا ضمان على واحدٍ منهما، وذلك جائز له غير محظور عليه؛ لأنه مَلَّكَهُ المنافعَ تمليكًا عامًا، ولم يخص استيفاءها بشخصٍ دون شخص، فكان له أن يستوفيها بنفسه وبغيره.

---

(١) في ب (فلا ينقطع).
(٢) في ب (والجواب).
(٣) في ب (فكأنه آجر ملك نفسه من مالك).
(٤) في أ (دابة) والمثبت من ب.




قال: وإذا استعارها ليحمل عليها شيئًا ذكره وسمّاه، فحمل عليها غيره، فإن كان مثله في الكيل والوزن، والخِفَّة على الدابة، فلا ضمان عليه، وإن كان أثقل من ذلك، أو حمله أضرّ على الدابة، ضمن إذا حمل عليها؛ وذلك لأن التعيين في العقود إنما يثبت حكمه إذا كان فيه فائدةٌ، وإذا لم يكن فيه فائدةٌ، سقط، ولم يثبت حكمه، ألا ترى أنه لو قال: أعرتك هذه الدابة لتحمل عليها قفيزًا من طعام زيد، كان له أن يحمل عليها قفيزًا من طعام عمرو؛ ولأنه لا فائدة في هذا التخصيص، فسقط. [٢٨٣/أ]

وإذا ثبتَ هذا، فمتى أعاره الدابة ليحمل [عليها] قفيز حنطة، فحمل عليها قفيز شعير، لم يضمن؛ لأن الطعام [من الحنطة] أثقل، وضرره أكثر، وقد رضي رب الدابة بضرره، وضرر الشعير أقل منه، فصار راضيًا به، فكأنّ المستعير حمل عليها بعض قفيز، فلا يضمن(١).

وأما إذا قال له: احمل عليها مائة مَنٍّ(٢) [من] قطنٍ، فحمل عليها مائةً من حديدٍ، فهو مخالفٌ؛ لأن هذا التعيين فيه فائدةٌ، ألا ترى أن الحديد يخالف القطن، من غير ناحية الثقل(٣)، ولكنه مجتمع فيأخذ من ظهر الدابة موضعًا [واحدًا]، والقطن يتفرق في ظهرها، فكان في هذا التعيين فائدة، فيثبت حكمه وضمن بالمخالفة فيه(٤).

---

(١) انظر: الأصل ٤٥٢/٨، ٤٥٣.

(٢) المَنُّ ـ بالفتح والتشديد ـ، والجمع أمنان: مكيال سعة رطلان عراقيان وأربعون أستارًا = ٨١٢،٥ غرامًا عند الحنفية، و= ٧٧٣،٥ غرامًا لدى الجمهور. انظر: المعجم الوجيز؛ معجم لغة الفقهاء؛ ملحق منهاج الطالبين (مَنّ).

(٣) في ب (من غير ما فيه الثقل).

(٤) انظر: الأصل ٤٥١/٨.

قال: وإذا ردّ المستعير العارية مع ابنه، أو أبيه، أو عبده، أو أجيره، أو واحد ممن في عياله، فعطب في الطريق، فلا ضمان على المستعير، ولا على الرسول؛ وهذا على ما بَيَّنَّا: أن الإنسان يحفظ الأمانات بنفسه وبمن في عياله، فإذا سلم إليهم، لم يضمن.

قال: وكذلك لو ردها الرسول أو المرسل على عبد صاحبها، وهو عبده الذي يقوم عليها، فهلكت، فلا ضمان عليه.

وإن ردّ الدابة إلى منزل صاحبها الذي يكون فيه، فربطها على آريها[1]، فهلكت بعد ذلك، فلا ضمان عليه، وهذا استحسان[2].

والقياس: أن يضمن؛ لأنها أمانة، فلا يبرأ منها إلا بالردّ إلى مالكها كالوديعة، وإنما تركوا القياس؛ لأن العادة جرت في ردّ العواري بهذا النوع، ألا ترى أن من استعار دابةً من أحدٍ، لم يردها إلى يده، وإنما يردها إلى إصْطَبله، ويستعير الجيران آلات البيت، ويلقونها في دار صاحبها، فتركوا القياس للعادة.

قال: وإذا استعار الرجل دارًا أو أرضًا على أن يبني فيها أو يغرس فيها نخلاً، فأذن له في ذلك، ثم بدا لصاحبها أن يخرجه، فله ذلك في الحكم، ولا يضمن شيئًا من الغرس، ولا من البناء، ويأخذ صاحب الغرس غرسه و[الباني] بناءه[3].

وقال مالك: يضمن المعير قيمة الغرس والبناء[4].

---

(١) هو محبس الدابة. انظر المصباح المنير (أرى).
(٢) انظر: الأصل ٤٥٥/٨.
(٣) انظر: الأصل ٤٥٣/٨.
(٤) انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص٣٦٤.




وإنما جاز الرجوع لقوله ﷺ: «**المنحة مردودة**»[1]؛ ولأن المنافع إنما تملك حالاً فحالاً، وإذا رجع المعير فيما لم يقبض منها، فله ذلك، وإذا بطلت العارية بالرجوع، صار مشغلاً الأرض ببنائه وغرسه، فكان عليه[2] قلعه منه.

وإنما لم يضمن؛ لأنه لما لم يوقّت في العارية وقتًا، لم يوجد منه غرور للمستعير، وإنما غرّ المستعير نفسه حين بنىٰ في ملك غيره مع علمه أن له حقّ الرجوع فيه.

قال: فإن كان صاحب الأرض وقّت له وقتًا في العارية: عشرين سنةً أو أكثر من ذلك، أو أقلّ، فأخرجه قبل ذلك [فله ذلك] في الحكم، ويضمن صاحب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه، ويكون ذلك لربّ الأرض والدار إذا أدىٰ قيمته.

فإن قال صاحب البناء والغرس: لا أضمنك، ولكن أنقض بنائي وآخذ غرسي، فله ذلك[3].

وإنما جاز له الرجوع وإن وقّت؛ لأن مقتضىٰ العارية الرجوع، فلا يتغير ذلك بالتوقيت؛ ولأنه وعد وعدًا، فلا يستحق عليه الوفاء [به]، وإذا ثبت الرجوع، لزم المستعير إزالة بنائه وغرسه؛ ولأنه قد شغل ملك غيره بملكه، فكان عليه إزالته، كما [لو] فسخت العارية وهناك متاعٌ موضوعٌ.

وإنما كان للمعير أن يضمن البناء والغرس؛ لأنه [غرّه بالتوقيت، وهذا]

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)؛ والترمذي (٢١٢٠) وقال: «حسن صحيح»؛ وابن ماجه (٢٣٩٨).
(٢) في ب (وكان له).
(٣) انظر: الأصل ٨/٤٥٣، ٤٥٤.

تابعٌ لملكه، وفي إزالته ضررٌ عليه.

وأما قوله: إن للمستعير أن يقلع ذلك ولا يضمن، فهذا محمول علىٰ أنه لا ضرر علىٰ الأرض في القلع، فأما إن أضرّ بها، فالخيار لرب الأرض؛ لأن ملكه هو المتبوع، وإنما رجع المستعير بنقصان قيمة(١) البناء والغرس علىٰ المُعير؛ لأنه غرّه حين وقت له وقتًا، فرجع فيه، ألا ترىٰ أن الظاهر أنه يفي بما وعد، فيغترّ المستعير بذلك، فلذلك ضمن له.

قال: فإن أعاره الأرض فزرعها المُستعير، فلما تقارب حصاده، أراد أن يخرجه، قال: أما الزرع، فإني أستحسن فيه إذا زرعها أن لا تؤخذ منه [الأرض] حتىٰ يحصد الزرع، فإذا حصده، أخذ رب الأرض الأرض(٢).

أما القياس: فلأنه لما رجع في العارية، بطلت وصار المستعير شاغلاً الأرض بملكه [وماله]، فلزمه قلعه كالغرس.

وجه الاستحسان: أن الزرع له غاية ينتهي إليها، وأمكن إيفاء الحقين من غير ضرر، وهو أن ينتظر الزرع إلىٰ أن يحصد، ويدفع إلىٰ [المعير] مثل أجرة الأرض، فيوفّي الحقين.

وليس كذلك الغرس؛ لأنه لا غاية لقلعه، فلو بقيناه بالأجرة؛ لأَدَّىٰ إلىٰ استحقاق المنافع علىٰ التأبيد، وفي هذا ضرر.

قال: وإذا استعار دابةً ليركبها إلىٰ موضع، [ثم اختلفا]، فقال ربّ الدابة:

---

(١) سقطت هذه الكلمة من ب.

(٢) انظر: الأصل ٤٥٣/٨.

لم آذن لك أن تبلغ هذا الموضع، وقال المستعير: قد أذنت لي، أو اختلفا في الأيام، فقال: أعرتك يومًا، أو فيما يحمل عليها، فالقول قول ربّ الدابة في ذلك كله مع يمينه، والمستعير ضامن؛ لأن الإذن يستفاد من جهة الملك، فالقول قوله في مقدار ما أذن فيه، ولهذا قال ﷺ: «**إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما قال البائع**»(١).

قال: وكلّ تصرفٍ تصرف فيه المستعير فيما استعمل فيه العارية مما يوجب الضمان، وادّعىٰ إذن المعير فيه لم يصدق [فيه] إذا جحد المعير، وهو ضامنٌ، إلا أن تقوم له بيّنةٌ علىٰ الإذن؛ لأن سبب الضمان قد وُجد، فإذا ادعىٰ الإذن المسقط للضمان لم يقبل قوله إلا ببيّنةٍ(٢).

(تم كتاب العارية ولله الحمد والمنّة، وصلىٰ الله علىٰ محمد وآله)(٣)



(١) أخرجه أبو داود (٣٥١١)؛ والترمذي (١٧٢٠)؛ وابن ماجه (٢١٨٦)؛ وأعله الترمذي بالإرسال، وقال المنذري: «روي من طرق عن ابن مسعود، كلها لا تثبت». انظر نصب الراية (٤/١٠٦).
(٢) انظر: الأصل ٨/٤٥٠ وما بعدها.
(٣) سقطت من ب.

[٧١] كتاب الدعوى والبينات

قال الشيخ رحمه الله[١]: الدعوى[٢] في اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وهو فعل متعدٍّ لا يوجد إلا في مدَّعى عليه.

والمدّعي: اسم لفاعل الدعوى، كالضارب الذي هو فاعل الضرب، إلا أن [إطلاق الاسم] يتناول من ادعى شيئًا لا دلالة عليه، ألا ترى أن الحاكم إذا قامت البَيِّنَةُ لم يقل للطالب إنه مُدَّعٍ، ويقول له ذلك قبل إقامتها.

ويصح أن يقال: مُسَيْلَمَةُ مُدَّعِي النُّبُوَّة؛ لأنه لا دلالة معه، ولا يقال إن الرسول ﷺ يدعي النبوة[٣]؛ لأن المعجزة دلالة على صدقه.

ومن أصحابنا من قال: إن اختصاص الاسم بالخارج [يعلم شرعًا].

فأما اللغة: فالاسم يتناول كل مُدَّعٍ، وكان شيخنا أبو عبد الله يقول: إطلاق الاسم في [٣٨٢/ب] اللغة يتناول من لا ظاهر معه.

والأصل: أن الأسامي مُستعملة على أصل اللغة غير منقولة عنها، فالدعوى على ضربين: صحيحةٌ وفاسدة.

---

(١) انظر: الأصل ٥٧٣/٧ وما بعدها.

(٢) الدعوى جمع دَعَاوَى، مشتقة من الدعاء وهو الطلب، «وهي لغة: قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وشرعًا: إخبار بحق له على غيره عند الحاكم». انظر: المصباح؛ المغرب؛ أنيس الفقهاء (دعوى).

والبينة: الحجة ـ أو الدليل ـ، من البينونة أو البيان. انظر: المغرب (بين).

(٣) في ل (ولا يقال للنبي ﷺ مدعي النبوة).




فالصحيحة: ما يلزم المطلوب حكمها إن صحت، ويجوز للحاكم الحكم بها لو ثبتت.

والفاسدة: ما لا تتعلق بالمطلوب، ولا يصح الحُكْم بها لجهالتها، وإذا صحّت الدعوىٰ أوجبت حقًا علىٰ المطلوب: وهو حضور مجلس الحكم، والجواب واليمين عند الإنكار. والدعوىٰ الفاسدة لا يتعلق بها حكم، فلا يسمعها الحاكم.

والدليل علىٰ أن الحضور يجب بالدعوىٰ، قوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨]، وهذا ذمّ علىٰ الامتناع.

وروي عن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه أنه قال: (جاءت امرأة الوليد بن عقبة إلىٰ رسول ﷺ تستعدي علىٰ زوجها، فأعداها[١]، فجاءت فقالت: أنا أدعي[٢]، فأعطاها هُدبةً من ثوبه كهدبة العدوىٰ، فجاءت به)[٣]؛ ولأن الحكام يُحْضرون الناس بمجرد الدعوىٰ من لدن النبي ﷺ إلىٰ يومنا هذا من غير نكير.

وأما الدعوىٰ الفاسدة؛ فقد بَيَّنَّا أنها تفسد لوجهين: أحدهما: أن لا يلزم المطلوب حكمها، مثل أن يدعي عليه أنه وَكَّله، [فهذه الدعوىٰ][٤] لو صحت كان للمطلوب إبطالها، فلا معنىٰ لمسألته عنها.

والثاني: أن يدعي مجهولاً، فلا يسمع الحاكم الدعوىٰ؛ لأن البينة لا تصح

(١) في ل (فأعادها).

(٢) في ل (إما أن يجيء).

(٣) أخرجه البزار في مسنده، ٣/٢٠.

(٤) في أ (فهذا) والمثبت من ل.

أن تقوم عليه، ولو نكل [الخصم] عن اليمين لم [يجب][١] القضاء عليه بشيء؛ فلذلك لم يلزم حكمها.

وذكر أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ حديث ابن أبي مليكة، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ أنه قال: «**لو أعطي الناس بدعواهم لادّعىٰ ناس دم قوم وأموالهم، ولكن[٢] البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المدعىٰ عليه**»[٣]، وفي خبر آخر لم يذكر البينة[٤].

وهذا الخبر يشتمل علىٰ فوائد منها:

أن المُدَّعِيْ غير المُدَّعَىٰ عليه؛ لأن النبي ﷺ فَرَّق [بينهما] وأفرد كل واحد منهما بحكم خصّه [به]، ولو كان كل واحدٍ منهما مُدّعيًا لأشرك[٥]؛ ولأنه لما أفرد كل واحد منهما باسم، فالظاهر زوال الاشتراك كسائر أسماء الأشخاص، وهذا الخبر من أخبار الآحاد رواه ابن عباس، وعمرو بن شعيب وغيرهم، إلا أنه في حيز التواتر؛ لأن الأمة اتفقت علىٰ العمل بموجبه لأجله، فإذا ثبت أن المُدَّعِيْ غير المُدَّعَىٰ عليه، احتجنا إلىٰ بيان كل واحد منهما.

وقد تكلم أصحابنا [في هذا]، فمنهم من قال: المُدَّعِيْ: من التمس غير الظاهر، والمُدَّعَىٰ عليه: من تمسك بالظاهر.

---

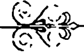
(١) في أ (يجز) والمثبت من ل.

(٢) في ل الحديث: (لو ترك... ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه) فقط.

(٣) الحديث أخرجه الشيخان: بلفظ (ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه) البخاري (في كتاب الشهادات) (٥٦)؛ ومسلم (١٧١١)؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين، ٢/١٨.

(٤) في ل (ليكن البينة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ المدعىٰ عليه).

(٥) في ل (ولو ظن كل... مدعًا لالتبس).

ومنهم من قال: إنّ المدّعِي: من إذا ترك الخصومة لم يُجبر عليها، والمدّعى عليه: من يجبر على الخصومة وإن تركها.

وذكر أبو الحسن: أن المدّعي عندنا: الذي كَلَّفه رسول الله ﷺ البينة، وهو من التمس بدعواه أخذ شيء من [يد] غيره، أو إثبات حق في ذمته، والمدعى عليه: من نفى ذلك عن نفسه، وهذا ليس بخبر عام؛ لأن صاحب اليد إذا قال في جواب الدعوى: ابتعت من الخارج، لم يلتمس أخذ شيء من يد غيره، فلا أُثْبِتُ حقًا في ذمته: وهو مدعٍ.

ومن أصحابنا من قال: المدعي: من ادّعى معنىً حادثاً، وهذا [أيضًا] ليس [بعام]؛ لأن المتنازعين في الشيء إذا ادعى كل واحد منهما ملكًا مطلقًا، أو ادعى ملك الأصل، فليس بمدّعٍ [الملك] حَادث.

وقال محمد في كتاب الدعوى: والمُدَّعَى عليه هو المُنْكِرُ.

واعُترض على هذا [الحدّ]، فقيل: مَنْ ادّعى دارًا في يد غيره وهو ينكر أن يكون لصاحب اليد، وصاحب اليد ينكر أن يكون له.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن الخارج لا يحتاج في صحة دعواه إلى إنكار، وإنما ذلك في مضمون دعواه، وصاحب اليد لا بدّ له من الإنكار في صريح دعواه.

فإن قيل: المودَع إذا طولب بالوديعة فقال: رددتها، فليسَ بمُنْكِرٍ، وهو مُدَّعَى عليه، قيل له: هذا قد اعترف بالدعوى، وهو الإيداع، ثم ادعى الرد فهو مُدَّعٍ، وإنما جعلت حجته في الشرع يمينه؛ ولهذا تقبل على الإثبات(١).

---

(١) انظر: الأصل ٥٧٣/٧.

٢٧٠٢ ـ فَصْل: [الأحكام المستنبطة من الخبر]

وقد دلَّ هذا الخبر على أحكام عقلية وأحكام شرعية، فأما العقلي: فهو أن المدعي لا يستحق بدعواه، والشرعي: على أنه يستحق بالبينة، فإن القول قول المُدَّعَى عليه عقلي، إلَّا أن وجوب اليمين شرعي، وقوله ﷺ: «**البينة على المُدَّعِي**» عام؛ لأن كل مدعٍ يثبت في حقه البينة، وقوله: «**واليمين على المُدَّعَى عليه**» خاص؛ لأن اليمين لا يجب على من ادعى [عليه] حقه، ولا فيما لا يصح بذله عند أبي حنيفة، ولا يجب على الإمام والحاكم وأمينه فيما يتعلق بالحكم.

وقد دلَّ هذا الخبر على أن رَدَّ اليمين على المدعي لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ جعل جنس الأيمان في جنبة(١) المدعى عليه؛ ولأنه أخرج الكلام مخرج التمييز والتفصيل، فلا ينقل حكم أحدهما إلى الآخر، كقوله: «**الولد للفراش، وللعاهر الحجر**»(٢)، وقوله: «**البكر تستأمر في نفسها، والثيّب تشاور**»(٣).

وقد دَلَّ الخبرُ على أن بَيِّنَةَ صاحب اليد لا تقبل؛ لأن النبي ﷺ جعل جنس البيِّنات في جنبة المدعي، فلا تنفى بيّنة تثبيت في حق المدّعى عليه.

وقد دَلَّ الخبر على أن القضاء بالشاهِد واليمين لا يجوز؛ لأنه ﷺ جعل جنس الأيمان في حق المدعى عليه، وجعل فصل الحكم متعلقًا إما بالبينة وإما باليمين.



---

(١) في ل (حيز) والمثبت من أ.

(٢) أخرجه البخاري (١٩٤٨، ٢١٠٥)؛ ومسلم (١٤٥٧).

(٣) الجزء الأول أخرجه البخاري (٦٥٤٧)؛ وبلفظه أخرجه أحمد في مسنده، ٢/٢٢٩.




٢٧٠٣ ـ فَصْل: [اليمين تقوم مقام البينة]

وذكر عن ابن أبي مليكة قال: كتبت إلى ابن عباس ـ وكنت عاملاً ـ في امرأتين كانتا على جداد، فجاءت إحداهما تذكر بأن صاحبتها وَجَأتها، وليست لها بيّنة، فكتب إليّ ابن عباس أن: اسألها البيّنة، فإن لم تكن لها بينة فاستحلفها واقرأ عليها القرآن: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧]، فإنه بلغنا أن النبي ﷺ قال: «**لو أعطينا الرجل بدعواه، لادَّعَى الرجل مال الرجل**»[١]، فاستحلَفتها فأبت أن تحلف، فألزمتها.

وهذا يدل على أن الحاكم يسأل المدعي عن البينة قبل الاستحلاف، ويدل على وجوب اليمين في دعوى الجناية، وقد دَلَّ على أن القاضي يعظم حرمة اليمين، ويعظ المطلوب قبل الحلف، حتى لا يقدم على يمين كاذبة، ويدل على وجوب القضاء بالنكول؛ لأنه قال: فنكلت فألزمتها[٢].

وذكر عن قتادة في قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]، قال: الحكمة: البينة، وفصل الخطاب: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه[٣]، وهذا يدل على أن الأحكام التي ذكرها النبي ﷺ في خبر ابن عباس ثابتة في شريعة من قبلنا، وقد صارت شريعة لنا بقوله ﷺ.

قال أبو الحسن رحمه الله بعد ذكر [حدّ] المدعي: فإذا كانت الدعوى على حاضر، سأل الحاكمُ المُدَّعَى عليه عما ادُّعِيَ عليه، فإن [٣٨٣/أ] أقرّ به ألزمه

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند بلفظ (لو أن الناس أعطوا بدعواهم، ادعى ناس من الناس دماء ناس وأمواهم...) ٣٤٢/١؛ وابن ماجه (٢٣٢١)؛ وأخرج الطبراني نحو هذه القصة، ١١٦/١١.

(٢) انظر: الأصل ٥٠٧/١١.

(٣) انظر: تفسير ابن عطية (المحرر الوجيز) ص ١٥٩٤.

إقراره، وحكم به عليه، وإن جحد كُلِّف المدّعي البينة على دعواه، فإن [أقام][(١)] عليها بينة قضي له بها، وإن لم يقم له على دعواه بينة استحلف المُدَّعَىٰ عليه إن التمس المدعي يمين المدعىٰ عليه، ولا يستحلف الحاكم المدعىٰ عليه حتىٰ يسأله المدعي استحلافه، فأما قبل ذلك فلا، وقد بَيَّنَّا أن [الدعوىٰ] الصحيحة تجب بمسألة المطلوب عنها؛ لأن الغرض بالمنازعة معرفة ما يقوله؛ ولأن البينة ثبتت مع الإنكار، ويجوز أن يكونَ مُقِرًّا فلا تسمع البينة عليه.

ولأنا إذا جَوَّزْنَا أن يَقِرَّ فتنقطع الخصومة، وجب أن يبتدئ بمسألته، فإن أقر ألزمه القاضي إقراره بقوله تعالىٰ: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، يعني شاهدًا، ولأنه غير متهم علىٰ نفسه.

ومعنىٰ قوله: ألزمه [الحاكم] إقراره، أي: يأخذه [به]، وقوله: وحكم عليه به، فإن ذلك يقف علىٰ طلب المدعي؛ لأنه حق له، ألا ترىٰ أنه يجوز أن يعزل القاضي أو يموت فيجحد الخصم، فإذا حكم وأشهد علىٰ حكمه كان أوثق لِحَقّه.

وأما قوله: فإن جحد كلّف المدّعي البينة، فليس معناه: أنه يلزمه ذلك؛ لأن إقامة البينة من حقوقه، وموقوف علىٰ اختياره، وإنما يعني أنه يسأله [أَلَهُ] بينة أم لا؛ وذلك لأن من مذهب أبي حنيفة: أن المطلوب لا يستحلف إذا قال المدعي: لي بينة حاضرة.

وعلىٰ قول أبي يوسف ومحمد: إذا كان الشهود في مجلس الحكم لم يستحلف الخصم، فلذلك يسأله الحاكم عن إقامة البينة.

---

(١) في أ (كان) والمثبت من ل

وأما قوله: فإن أقام عليها بينة قضي له بها؛ فلأن الشهادة كشفت عن صدق الدعوىٰ فوجب إلزام الخصم حكمها؛ ولأن البينة لا يتعلق بها حكم حتىٰ ينضم إليها القضاء، فلذلك حكم بها إذا التمس المدّعي منه ذلك.

وأما قوله: فإن لم يُقم بينةً استحلف المدعىٰ عليه؛ فلأن القاضي منصوب لقطع الخصومة، وذلك يكون بأحد ثلاث معانٍ: إما الإقرار، أو البينة، أو اليمين، وقد فات [الأمران][1]، فلم يبق إلا اليمين.

ولا يستحلفه إلا بمطالبة المدعي؛ لأن الاستحلاف حق له، فاستيفاؤه يقف علىٰ مطالبته.

[ولأنَّه][2] يجوز أن يختار تأخير اليمين إلىٰ أن يقدر علىٰ البينة، فإذا استحلف الخصم لم يأمن أن يرفعه إلىٰ قاضٍ لا يرىٰ سماع البينة بعد اليمين؛ فلذلك وقفت علىٰ مطالبته[3].

٢٧٠٤ - فَصْل: [مَرَاتِبُ الشَّهَادَةِ فِي الدَعَاوَىٰ]

قال: ولا يقبل الحاكم علىٰ الدَّعَاوَىٰ إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين أحرار عدول، إلا في الولادة خاصة، والعيوب التي لا يطلع عليها إلا النساء، فإنه يقبل عليها شهادة امرأة إذا كانت حرّة مسلمةً عدلاً.

وجملة هذا: أن الشهادة علىٰ مراتب، لا تقبل في الزنا أقل من أربعة، لقوله تعالىٰ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤]، وقوله: ﴿وَٱلَّتِى يَأْتِينَ

(١) في أ (الإقرار) والمثبت من ل.
(٢) في أ (ولا) والمثبت من ل.
(٣) انظر: الأصل، ٥٧٩/٧ وما بعدها.

﴿ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، وما سوىٰ الزنا مما تؤثر فيه الشبهة لا تثبت إلا بشهادة رجلين؛ لما روي عن الزهري قال: **(مضت السُّنَّة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا تقبل شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص)**[١].

ولأن شهادة النساء قائمة مقامَ شهادة الرجال، وما تسقطه الشبهة لا يثبت بما قام مقامَ الغير، وأما ما لا يسقط بالشبهة ويجوز للرجال الاطلاع عليه، فيثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢][٢].

فإن قيل: هذه الآية تدل علىٰ قبول شهادة العدد المذكور ولا تنفي غيره.

قلنا: بلىٰ تنفي [قبول] شهادة ما دونه؛ لأن المقادير لابد [لتقديرها من فائدة: منها: ما][٣] لا تجوز الزيادة عليها ولا النقصان منها كالحَدِّ والعدة.

ومنها: ما لا تجوز الزيادة عليها ويجوز النقصان منها، كعدد المنكوحات.

ومنها: ما يزاد عليه ولا ينقص منه كمدة السفر، وقد ثبت أن الزيادة علىٰ العدد المذكور في الشهادات مقبولة، فلو جاز النقصان لبطلت فائدة التقدير.

٢٧٠٥ - فَصْل: [العدد في شهادة النساء]

وأما ما لا يطَّلع عليه الرجال مثل الولادة والعيوب الباطنة بالنساء، فتقبل

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، ٧/٣٣٣، ٨/٣٣٠؛ وابن أبي شيبة في مصنفه، ٥/٥٣٣؛ وأورده ابن حجر في التلخيص، ٤/٢٠٧؛ والزيلعي في نصب الراية، ٤/٧٩.

(٢) انظر: الأصل ١١/٥١٩.

(٣) في أ (لها من فائدة لتقدير ما قبلها، فأما أن) والمثبت من ل.

فيها عندنا شهادة امرأة واحدة، وقال مالك: امرأتين[1]، وقال الشافعي: أربعة[2].

لنا: ما روي **(عن النبي ﷺ أنه أجاز شهادة القابلة في الولادة)**[3]؛ ولأن ما يقبل فيه قول النساء منفردات لا يشترط فيه العدد كالأخبار، ولم يذكر أصحابنا شهادة الرجال على الولادة، [هل يعتبر فيها العدد أم لا ؟ والصحيح أن الرجل إذا شهد بالولادة وقد] حضرها لضرورة عدم النساء، قُبِلَ شهادة واحدٍ؛ لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأةٍ واحدةٍ؛ فلأن يقبل قول رجل واحد هو آكد وأولى[4].

٢٧٠٦ـ فَصْل: [اعتبار العدالة في الشهود]

وأما اعتبار العدالة؛ فلقوله تعالى: ﴿ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ [الحجرات: ٦]؛ ولأن الفاسق يعلم أن الفسق حرام ويقدم عليه، فلا يؤمن أن يقدم على شهادة الزور، فصار متهمًا في شهادته.

فأما اعتبار الحريّة، فشهادة العبد والمدبّر والمكاتب وأم الولد لا تقبل عندنا.

قال محمد بن مسلمة[5]: [كان يحيى بن أكثم أعلم الناس باختلاف الناس في زمانه، وكان إذا قال في مسألة] لا خلاف فيها، نزل أهل العراق على قوله وسمعته.

---

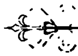
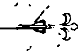
(١) انظر: المدونة ٥/١٥٧، ١٥٨.

(٢) انظر: الأم ص١٣٧٢؛ رحمة الأمة ص٢٦٧

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى عن حذيفة، وفي السند مجهول، ١٠/١٥١؛ ورواه الطبراني في الأوسط ١/١٨٩؛ وقال الهيثمي: «وفيه من لم أعرفه» مجمع الزوائد ٤/٢٠١؛ الدراية ٢/١٧١؛ نصب الراية، ٣/٢٦٤.

(٤) انظر: الأصل ١١/٥٢٠.

(٥) في ل (محمد بن سماعة).

قال: لا خلاف أن شهادة العبد لا تقبل[1]، وقد دل على ذلك إجماع الصحابة؛ لأن عليًا عليه السلام كان يقول في المكاتب: يعتق بقدر ما أدّى من كتابته، وكان زيد بن ثابت يقول: لا يعتق ما لم يؤدِّ جميع كتابته، فقال زيد لعلي: أرأيت لو شهد أتجيز شهادته؟ قال: لا[2].

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا شهد العبد فرُدَّت شهادته ثم عتق فشهد بتلك الشهادة، جازت شهادته، وقال عثمان رضي الله عنه: لا تقبل.

فقد اتفقا أنها لا تقبل في حال الرق.

وعن ابن عباس: أن شهادة العبد لا تقبل؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والعبد لا يقدر على الإتيان إلى الحاكم إذا دعاه، فدلَّ على أنه لم يدخل تحت الآية؛ ولأنه قول يؤدِّي إلى إيجاب الضمان عليه، ألا ترى أنه إذا رجع عن الشهادة ضمن، وهذا المعنى لا يصح من العبد، كالكفالة.

وأما العبد المعتق بعضه فعند أبي حنيفة: أنه مكاتب، فلا تقبل شهادته، وعلى قولهما: أنه حرّ عليه دين، فتقبل شهادته كسائر الأحرار[3].



---

(١) روى البخاري عن أنس: (أن شهادة العبد جائزة إذا كان عدلاً، وأجازه شرع)، في باب شهادة الإماء والعبد قبل (٢٥١٦)؛ والبيهقي في الكبرى، ١٠/١٦١.
وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف عدم الجواز، (٤٢٩٣) عن عدد من الصحابة والتابعين.

(٢) أخرج البيهقي في الصغرى عن علي رضي الله عنه قبول شهادة العبد، ٧/٣٩٣.

(٣) انظر: الأصل ١١/٥١٣.

٢٧٠٧ - [فَصْـل: شهادة أهل الذمة بعضهم علىٰ بعض]

قال: ويقبل القاضي شهادة أهل الذمة بعضهم علىٰ بعض إذا كانوا عدولاً في دينهم وإن اختلفت مللهم، وهو قول شُرَيح، والشَّعْبي، وعمر ابن عبد العزيز، وابن شهاب، ويحيىٰ بن سعيد(١).

قال الليث: خالف مالك [مُعلميه](٢) في [ردِّ] شهادة النصارىٰ بعضهم علىٰ بعض(٣)، وكان ابن شهاب ويحيىٰ بن سعيد وربيعة يجيزونها.

قال الطحاوي: قال ابن أبي عمران: سمعت يحيىٰ بن أكثم يقول: ما وجدت عن أحد في المتقدمين أن شهادة النصارىٰ بعضهم علىٰ بعض لا تقبل، إلا ربيعة، فإني وجدت عنه روايتين، وقال مالك والشافعي: لا تجوز(٤).

لنا: ما روىٰ جابر: (**أن النبي ﷺ قبل شهادة أربعة من اليهود** [٣٨٣/ب] **علىٰ اليهودِيَّيْن في الزنا، وَرَجمهما**)(٥)، ولا يقال: روي أنهما أَقَرَّا؛ لأنهما لا يمتنع أن يكونا أقرَّا بعد الشهادة عليهما، ألا ترىٰ أن الإقرار لو سبق لم يجز أن تسمع الشهادة.

ولأن [كُلَّ] من جاز أن يثبت له الولاية علىٰ غيره جاز أن تقبل شهادته عليه كالمسلم؛ ولأنه عدل في دينه، فجاز أن تقبل شهادته كالمسلم.

وأما إذا اختلفت مللهم: فعندنا تقبل شهادة بعضهم علىٰ بعض، وقال ابن

---

(١) انظر الروايات في ذلك: نصب الراية، ٤/٨٥.

(٢) في أ (فعلمه) والمثبت من ل.

(٣) انظر: المدونة ٥/١٥٦.

(٤) انظر: الأم ص١٣٧٢؛ رحمة الأمة ص٢٦٩

(٥) أخرجه أبو داود (٤٤٥٢)؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٨/٢٣١.

أبي ليلىٰ: لا تقبل.

لنا: أن من جاز أن تقبل شهادته علىٰ أهل دينه، جاز أن تقبل علىٰ غيرهم كالمسلم.

٢٧٠٨ - فَصْـل: [اعتبار الدار في شهادة الكفار بعضهم علىٰ بعض]

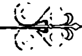
قال: والكفر عند أصحابنا ملة واحدة ما داموا في حكم دار واحدة، فإن اختلفت دورهم في أحكامهم لم تجز شهادة أهل دار علىٰ أخرىٰ من غير [أهل] دارهم؛ وذلك لقوله تعالىٰ: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرون: ٦]، فجعل لنا دِينًا وللكفار دِينًا.

وقال النبي ﷺ: «**نحن خير وجميع الناس خير**»، ولأنه يجمعهم اعتقاد واحد يقرون عليه، فصاروا كالمسلمين.

ولا يقال: إن أحكامهم مختلفة؛ لأنه يجوز للمسلم أن يتزوّج بالكتابية، ولا يجوز أن يتزوج بالمجوسية؛ لأن هذا الاختلاف فيما بينهم وبيننا، وكلامنا في أحكامهم فيما بينهم.

فأما إذا اختلفت الدور فقد قالوا: إن شهادة المستأمن لا تقبل علىٰ الذِّمِّي، وتقبل شهادة الذِّمِّي علىٰ المستأمن؛ لأن اختلاف الدارين يقطع العصمة والموالاة كما تُقْطَع باختلاف المِلَّتَيْن، فكما تقبل شهادة المسلم علىٰ الكافر ولا تقبل شهادة الكافر علىٰ المسلم، كذلك تقبل شهادة أهل دارنا عليهم ولا تقبل شهادتهم علىٰ أهل دارنا.






٢٧٠٩ـ فَصْل: [الأصل في المسلم العدالة]

قال: والمسلمون عندنا عدول في شهادتهم، يجرون على ذلك، وتمضي شهادتهم إلا من ظهرت منه رِيبةٌ عند أبي حنيفة، إلا أن يطعن المشهود عليه في الشاهدين، فيوقف الأمر حتى يسأل عنهم، فإن زكوا حكم بشهادتهم وأظهر تزكيتهم، وإن جُرحوا أوقف الشهادة ولم يمضها، ولم تكشف عن حال الشهادة ما خلا الحدود، فإنه لا يحكم بشهادة الشهود حتى يسأل عنهم.

أما جواز الحكم بظاهر العدالة فهو قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقبل شهادتهم حتى يسأل القاضي عن عدالة الباطن، وهو قول الشافعي، وكان أبو بكر الرازي يقول: لا اختلاف في هذه المسألة في الحقيقة؛ لأن أبا حنيفة [إنما] أجاب على أهل زمانه، وكان الغالب عليهم العدالة، وقد زكاهم رسول الله ﷺ بقوله: «**خير الناس قرني الذين بعثتُ فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم ثمَّ يفشو الكذب**»[(١)].

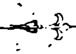
وأجاب أبو يوسف ومحمد في أهل عصرهما، وقد تغيّر الناس وكثر الفساد، فلو شاهد أبو حنيفة [ذلك] لقال مثل قولهما.

لأبي حنيفة ـ على ظاهر الرواية ـ: ما روي (**أن النبي ﷺ قبل شهادة الأعرابي على رؤية الهلال لما أظهرَ الإسلام**)[(٢)]، ولم يسأل عن أمر عدالته؛ ولأن الظاهر أن الإنسان يبلغ وهو غير مرتكب لمعصية، فيحصل له عدالة الإسلام،

---

(١) وبلفظه أخرجه المقدسي في المختارة ١/١٩٣؛ وابن حبان في صحيحه، ١٠/٤٣٦؛ وابن ماجه (٢٣٦٣)؛ وأخرج البخاري (٢٥٠٩)؛ ومسلم (٢٥٣٣) الحديث ما عدا لفظ (يفشو).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٤٠)؛ والترمذي (٦٩١)؛ والنسائي (المجتبى) (٢١١١)؛ والبيهقي في الكبرى، ٤/٢١١. وغيرهم.

فيجبُ الحكم بها، إلا أن يظهر ما ينافيها، كمن عدله الحاكم لما ثبتت له عدالته، لم تجب المسألة [عنه] في الثاني.

ولأن الأئمة لم يسألوا عن الشهود، وأول من سأل عن ذلك ابن [شبرمة][1]، فدلَّ من اتفاقهم على اعتبار عدالة الإسلام.

وجه قولهما: أن الشاهد يجوز أن يكون عدلاً في الباطن، ويجوز أن يكون فاسقًا، فوجب اعتبار حاله حتى لا يحكم بقول من لا يجوز الحكم بقوله.

ولأن الواجب الحكم بشهادة العدل، فوجَب البحث عن حصول هذه الصفة كالشهادة بالحدود.

وأما إذا طعن الخصم فقد ادعى معنىً حادثًا، فصارت المسألة حقًا له بدعواه، وإن لم تكن حقًا قبلها، كالإحضار[2] والاستحلاف.

فإن قيل: إذا كانت العدالة حاصلة بالإسلام، فوجب أن لا يسأل عنه وإن طعن الخصم فيه، [كمن][3] عدله الحاكم [ثم طعن الخصم فيه].

قيل له: إن التعديل إن كان متقدمًا فوجب أن[4] يسأل [عنه]؛ لأن العدالة قد تتغير.

و[قد] قال محمد: إن القاضي [قد] يجب عليه أن ينظر في عدالة الشهود

(١) في أ (سيرين) والمثبت من ل. انظر: شرح فتح القدير، ٣٧٨/٧.
(٢) في ل (قبلها كالإحصان) والمثبت من أ.
(٣) في أ (وقد) والمثبت من ل.
(٤) في أ (أن لا يسأل عنه).




كل ستة أشهر، وإن كان التعديل قريبًا فلا معنىٰ للمسألة، وقد عرف القاضي حكمها.

٢٧١٠ - **فَصْل: [المسألة في شهادة الحدود]**

وأما في الحدود فلأنه قد اعتبر فيها مِنَ الاحتياط ما لم يعتبر في غيرها، ولهذا لا تقبل فيها شهادة النساء، ولا الشهادة علىٰ الشهادة، فجاز أن يؤكد أيضًا بعدالة الباطن؛ ولأن المسألة في ذلك إجماع؛ لأن القائل أحد قائلين: إما من قال: [لا تجب المسألة إلَّا في الحدود، أو من قال: تجب في الحدود وغيرها.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إنّ] المشهود عليه في الحدود قد جرح الشهود بقوله: لم أَزْنِ، فكأنه قال: كذبوا، فصار كالشهادة في المال إذا طعن الخصم [في الشهود]، ولا يقال: وكذلك في الأموال؛ لأن جحودَ المطلوب في [الأموال] ليس بتكذيب، لجواز أن [يشهدوا بدين صحيح، ويكون الطالب قبض أو أبرأ، ويجوز أن يشهد] الشهود بالغصب في الظاهر، فيقول المطلوب ما غصبت؛ لأن العين كانت وديعة [له] في الباطن، أو كان عليه دين فلم يكن في الجحود جرح له[1].

٢٧١١ - **فَصْل: [إظهار تزكية الشهود]**

وأما قوله: فإن زُكُّوا حكم بشهادتهم، وأظهر تزكيتهم؛ فلأن القاضي إذا زكىٰ الشهود في الباطن أظهر التزكية؛ لجواز أن يكون عند بعض الناس جرح لم يظهره اختيارًا للستر، فإذا علم أن الحكم ينفذ بقوله أظهره للحاكم، فهذه فائدة

(١) انظر: الأصل ١٦٦/٧.

إظهار التعديل.

فأما إذا جرح الشاهد أوقف شهادته؛ لأنه لا يجوز الحكم بقوله مع عدم العدالة، ولا يظهر ذلك لأنا قد أُمرنا بستر المسلمين، وأن لا نهتك عوراتهم، فلم يجز إظهار جرحهم.

وأما الحرّية والإسلام فلم يبين حالهما.

وقد كان بعض شيوخنا يقول: إنه يرجع في الحريّة والإسلام إلىٰ ظاهر الدار، ولا يرجع إلىٰ المسألة فيها؛ لأن ظاهر الدار يقتضي الإسلام والحريّة، كما يقتضي ظاهر الإسلام العدالة، ولا يقال: إن الأعرابي لمّا شهد عند النبي ﷺ برؤية الهلال، قال له: «**أتشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله؟**» فدل أنه لا يرجع في الإسلام إلىٰ الظاهر؛ وذلك لأن الأعرابي لم يكن من أهل المدينة، فيثبت له حكم الدار، ولم تكن البوادي كلها دار إسلام. [٣٨٤/أ][١].



(١) انظر: الأصل ٥١٢/١١، ٥٥١.




بَابُ
اختلافِ الدعوى والشهادةِ عليها



قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا كانتِ الدارُ في يدي رجل أو العبد أو الثوب أو مال من الأموال كائنًا ما كان، فادّعاه رَجل ليس في يده، وادّعاه الذي هو في يده، فإن القول [قول] الذي ذلك الشيء في يده، وعلى الآخر البينة على ما قدمت في صدر الكتاب.

فإن أقام الذي ليس في يده ذلك الشيء [البيّنة] أنه له، وأقام الذي في يده الشيء أيضًا أنه له، فالبينة: بينة الذي ليس [هو] في يده؛ لأنه هو المدّعي، وإذا لم يكن له بينة، فعلى الذي في يده اليمين؛ لأنه المدّعى عليه، إلى آخر الفصل.

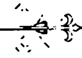
قال: وجملة هذا: أن الخارج هو المدعي؛ لأنه يدّعي خلاف الظاهر، ولأنه لا يُجبر على الخصومة إن تركها، وقد قال ﷺ: «**البينة على المدعي**».

وأما صاحبُ اليد فهو المُدَّعَى عليه؛ لأنه يجبر على الخصومة، ولأنهُ يدعي الظاهر، وقد قال ﷺ: «**وعلى المدعى عليه اليمين**»(١).

فأما بينةُ صاحب اليد على الملكِ المطلق فلا تقبل عندنا، وقال الشافعي: تقبل إذا أقامَ صاحب اليد بينة كانت بَيِّنَتُه أولى من بينة الخارج(٢).

(١) الحديث بلفظه أخرجه الترمذي (١٣٤١)؛ والدارقطني، ١٥٧/٤؛ والبيهقي في معرفة السنن، ٤٢١/٦؛ وهو في الصحيحين بلفظ: (ولكن اليمين على المدعى عليه) البخاري (٤٢٧٧)؛ ومسلم (١٧١١)؛ والحميدي في الجمع بين الصحيحين، ١٨/٢.

(٢) انظر: الأصل ٥٨٠/٧، ٥٨١؛ رحمة الأمة ص٢٦٥

لنا: أن النبي ﷺ جعل جنس البينة في حق المدعي، وقد بَيَّنَّا أن الخارج هو المدعي، فلم يبق بينة تثبت في حق غيره، ولأنه أقام البينة على ما يشهد له ظاهر يده، فلم تقبل، كما لو أقامها ابتداءً؛ ولأن يده قد دلت على الملك، والشهود إنما يرجعون في الشهادة إلى هذا الظاهر، وقد عرف القاضي هذا ولم تعارض به بينة الخارج، فكذلك الشهادة المتصدرة عنه [لا تقبل].

ولا يلزم البينة بالتاريخ؛ لأن الظاهر لا يدل على التقدم في الملك، فقد أقام البينة على معنى لا يدل عليه ظاهر يده، وكذلك إقامة البينة على النتاج وعلى الشراء من الخارج.

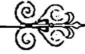
ولا يلزم إذا أقام المدعي البينة أن هذا عبده، وأقام هو البينة على الحريّة؛ لأن الشهود لا يرجعون في الشهادة بالحرّيّة إلى ظاهر الدار.

ولا يقال: إنّ البينة تغلب على الخارج لضعف بيّنته، فإذا أقام البينةَ، فصاحب اليد أضعف سببًا، فقبلت بينته؛ لأن القاضي إذا قضى ببيّنة الخارج، فصاحبُ اليد أضعف سببًا، فلا تقبل بينته.

ولو شهد للخارج بالملك عبيد ونساء قَوِيَ سببه، ولا تقبل بينة صاحب اليد، وإذا ثبت أن بينة صاحب اليد لا يتعلق بها حكم، بقيت بينةُ الخارج، فيقضي بها.

٢٧١٢ ـ فَصْـل: [الاختلاف في توقيت البينة]

قال: فإن وقّتت البينتان وقتًا، والبينتان متساويتان، أو أحدهما أقدم من الآخر، أو وقّت أحدهما ولم يوقت الآخر، حكم لصاحب الوقت الأول أيهما

كان عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وحكىٰ ابن سماعة عن محمد: أنه كان يقول هذا، ثم رجع عنه بعد رجوعه من الرَّقَّةِ[1] سنة ثلاث وثمانين ومائة، وقال: لا تقبل من الذي في يده بينة علىٰ وقت ولا غيره.

وذكر محمد هذه المسألة في الدَّعْوَىٰ، فقال: عند أبي حنيفة يُقضىٰ بها للخارج، ثم رجع فقال: يقضىٰ بها لصاحب اليد، وهو قول محمد.

فمن أصحابنا من قال بقوله وهو قول محمد، يعني: قوله الأول، ورواية ابن سماعة الرجوع يبطل هذا التأويل.

لأبي حنيفة وأبي يوسف: أن صاحِبَ اليد أقام البينة أنه أول المالكين، وأن الشيء في يده لا يستحق إلا من جهته، فلم تقبل بينة الخارج علىٰ استحقاق في المدة من غير جهته، كما لو أقام صاحبُ اليد البينة علىٰ النتاج؛ ولأنه أقام البينة علىٰ ما لا يدل عليه ظاهر يده، وهو جهة استحقاق، فصار كما لو أقام البينة أنه ابتاع من الخارج.

لمحمد: أن التاريخ ليس بجهة الملك، فصار كإقامة البينة علىٰ الملك المطلق.

وعلىٰ هذا، لو كانت الدار في أيديهما كان صاحبُ الوقت الأول أولىٰ عند

---

(١) الرَّقَّة: هي واسطة ديار ربيعة، وهي مدينة في شمال سوريا، تقع علىٰ الضفة الشرقية لنهر الفرات، علىٰ بعد حوالي (١٦٠ك) شرق مدينة حلب. انظر: المغرب (رق).
والرَقّيّات: مسائل جمعها محمد رحمه الله تعالىٰ حين كان قاضيًا بالرقة.

أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يُعتبر الوقتُ، فكأنهما أقاما البينة على الملك، فيكون بينهما[١].

٢٧١٣ ـ فَصل: [رجحان البينة بالتاريخ]

وإن كانت الدار في يد ثالث وأقام الخارجان كل واحد منهما بيّنة على ملك مؤرخ، فصاحب التاريخ المتقدم أولى في قولهم [جميعًا]؛ لأن [كل واحد منهم] أقام البينة على تقدم الملك، وبينة بالملك المطلق مسموعة، فيجوز أن يرجح بالتاريخ.

٢٧١٤ ـ فَصل: [بينة الخارج في حال التوقيت]

وأما إذا تساوى الوقتان، فبينة الخارج أولى في قولهم؛ [وذلك] لأن التاريخ لا يدل على تقدم أحد المالكين، فصار كما لو أقاما البينة من غير تاريخ.

وإن كان الشيء في يد ثالث، فأقام خارجان البينة، ووقتا وقتًا واحدًا، فالشيء بينهما؛ لأن التاريخ لما لم يدل على تقدم أحد [الملكين][٢]، صار كأنهما أقاما البينة على ملك مطلق، فيكون بينهما.

وأما إذا وَقَّت أحدهما ولم يوقت الآخر، فالبينة: بينة الخارج عند أبي حنيفة ومحمد.

وروى بشر عن أبي يوسف في الإملاء: أن البينة: بينة الذي وقَّتَ، أيهما كان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

---

(١) انظر: الأصل ٥٨٠/٧.

(٢) في أ (الشريكين) والمثبت من ل.

وروى ابن سماعة عن محمد في إملائه: أن الذي في يده إذا وقَّت بينة ولم يوقت الخارج، قال أبو حنيفة: أقضي بها للمدعي، وقال أبو يوسف: الذي وقت أولى، فاتفق بشر وابن سماعة في قول أبي يوسف، واختلفا في قول أبي حنيفة.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم ملكه؛ لجواز أن يكون الخارج لو وَقَّت شهوده كان ملكه أقدم، فإذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك سقط، وكانت بينة الخارج أولى.

لأبي يوسف: أن بينة صاحب اليد دلت على تقدم الملك، فكانت أولى من الملك المُطلق كالمدعيين للشراء من واحد، ومع أحدهما تاريخ.

والجواب: أن الشراء معنى حادث، فإذا لم يؤرخ، حكمنا بوقوعه في الحال، فكان المتقدم أولى، والملك ليس بمعنى حادث، فيجوز أن يكون ملك الأصل، فلا يحكم بوقوعه في الحال.

٢٧١٥ - فَصْل: [تقديم الملك المطلق على المؤقت]

وعلى هذا: إذا كان الشيء في أيديهما فأقام أحدهما بينة على ملك منذ سنة، وأقام الآخر على ملك مطلق، سقط التاريخ عند أبي حنيفة، وكان الملك بينهما، وقال أبو يوسف: الذي وَقَّت أولى، والوجه فيه ما قدمنا.

٢٧١٦ - فَصْل: [بينة الإطلاق وبينة التوقيت]

وأما إذا كانت الدار في يد ثالث فادّعاها خارجان، وأقاما بينة، ووقت أحدهما فهما سواء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: الذي وقّت أولى، وقال محمد: الذي أطلق أولى.

وجه قول أبي حنيفة: أن التاريخ لمّا لم يدل على تقدم الملك سقط فكأنهما أقاما البينة على مِلْكٍ مطلق.

لأبي يوسف: أن صاحب التاريخ أثبت مِلكًا متقدمًا، فكان أولى كالمشتريين.

لمحمد: أن البينة بالملكِ المطلق تدل على [٣٨٤/ب] ملك الأصل، بدلالة أن من أقام البينة على ملك مُطلق في جارية استحق أولادها، وملك الأصل أولى من التاريخ، وقد ألزمه أبو الحسن على هذا أن يتساوى بينة الملك المطلق والبينة بالنتاج.

وألزمه إذا أقام الخارج البينة أن العبد له، وأقام العبد البينة أن صاحب اليد أعتقه، أن يكون الخارج أولى؛ لأنه أثبت ملك الأصل، وقد قالوا: إنّ بينة العتق أولى(١).



---

(١) انظر: الأصل ٥٩٣/٧ ـ ٥٩٦.




بَابُ
الشيء يكون في يد رجل فيدعيه خارجانِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا كانت الدار في يد رجل فأقام رجل البينةَ أنها له، وأقامَ آخر أنها له، وهما خارجان جميعًا، فالدار بينهما نصفان في قول أصحابنا جميعًا.

وقال مالك: أحكم بأعدل البينتين، [وقال الأوزاعي]: أحكم بأزيدهما عددًا، وقال الشافعي: تقرع بينهما، وفي قول آخر: تتهاتر البينتان(1).

لنا: ما روىٰ الثوري عن سماك بن حرب، عن تميم بن طرفة **(أن رجلين اختصما إلىٰ رسول الله ﷺ في ناقةٍ، وأقام كل واحد منهما البينةَ أنها له، فقضىٰ رسول الله ﷺ بها بينهما نصفين)**(2).

وعن عمر: أن رجلين تنازعا في ولد فقضىٰ به بينهما.

وعن أبي الدرداء: أنه اختصمَ إليه رجلان في أرض، وأقام كل واحد منهما البينة أنها له، فقضىٰ بالأرض بينهما نصفين، وقال: لو كانت لنا سلسلة كسلسلة بني إسرائيل لعرفنا المحقَّ منهما، وهذا بحضرة الصحابة من غير نكير.

---

(1) قال الربيع: «حفظي عن الشافعي: أن الشهادتين باطلتان، وهو أصح القولين». انظر: الأم ص١٠٣٩؛ المدونة ١٨٧/٥؛ رحمة الأمة ص٢٦٥.

(2) أخرجه أبو داود (٣٦١٥)؛ وابن ماجه (٢٣٣٠)؛ والنسائي في الكبرىٰ (٥٩٩٨)؛ وابن حبان في صحيحه، ٤٥٧/١١؛ والبيهقي في الكبرىٰ، ٢٥٨/١٠. وغيرهم.

ولأنهما تساويا في سبب الاستحقاق فيما يَصِحُّ قسمته، فوجب أن يكون بينهما، كما لو أقامَ كل واحدٍ منهما البينة أن الميت أوصىٰ له بالثلث، ولا معنىٰ للترجيح بالعدد والأعدل؛ لأن ذلك يبطل بالبينتين علىٰ الوصية وعلىٰ ثبوت السبب من الميت.

وأما ما روي عن سعيد بن المسيب: (**أن رجلين اختصما إلىٰ رسول الله ﷺ في شيء، فأقام كل واحد منهما البينة عنده عدلاً، فأقرع بينهما وقال: «اللهم أنت تقضي بينهما»**)(١)، فإن هذا كان في بدء الإسلام، ثم نسخت القُرعة لما حرم القمار تعليق الاستحقاق [بالأخطار]، ألا ترىٰ أنه (**روي عن علي عليه السلام أن ثلاثة تنازعوا إليه في ولد [في اليمن] علىٰ عهد رسول الله ﷺ فأقرع بينهم**)، ثم روي (**أن اثنين تنازعا إليه في ذلك بعد النبي ﷺ فقضىٰ به بينهما ولم يقرع**)، فدل علىٰ أنه رضوان الله عليه عرف النسخ.

ولأنه يجوز أن يكون تنازعا في قسمة كل واحد منهما أقام البينة [علىٰ شيء بعينه أنه له، فلما تعارضت البيّنتان أعاد القرعة بحكم القسمة] لما بطل التعيين.

٢٧١٧ - فَصْل: [تساوي الوقتين في البينتين]

قال: فإن وقّت كل واحد من البينتين وقتًا وتساوىٰ الوقتان فهو أيضًا بينهما، وإن اختلف الوقتان كان صاحبُ الوقت الأول أولاهما بالحكم، روىٰ هذا ابن سماعة عن محمد في إملائه عن أبي حنيفة، وقد بَيَّنَّا هذا في الباب الأول.



---

(١) أخرجه البيهقي في الصغرىٰ، ٩/٢٤٨؛ والطحاوي في شرح المشكل، ١٢/٢٠٨.

٢٧١٨ ـ فَصْل: [بينة أحدهما على وقت]

فإن أقام أحدهما [بيّنةً] على وقت ولم تشهد بينة الآخر على وقت، فإن محمدًا روى عن أبي حنيفة أنه قال: أقضي بها بينهما نصفين، وقال أبو يوسف: أقضي بها لصاحب الوقت، وهي رواية بشر عن أبي يوسف حسب، ولا يكون واحدٌ أحق من صاحبه في قولهم جميعًا.

وقال محمد: أقضي بها للذي لم يوقت شهوده وقتًا، روى هذا ابن سماعة عن محمد في إملائه بعد رجوعه من الرقة.

وروى هشام عن محمد في هذه المسألة [إذا وقّت أحد المدعيين ولم يوقت الآخر أنه قال: لا أحفظ عن أبي حنيفة في هذا شيئًا، وقال أبو يوسف][١]: هي كلها لصاحب الوقت، وقد بَيَّنّا هذا[٢].



(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥٩٥/٧.

بَابُ
اختلاف البيناتِ في دعوى المواريثِ

قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وأما إذا كانت الدار أو العبد أو غير ذلك من سائر الأموال في يدي رجل، فادّعىٰ الذي في يديه ذلك [الشيء] أنه له، وأقام شاهدين أن أباه مات وتركها ميراثًا له، وأقام الخارج البينة أن أباه مات وتركها ميراثًا له، ولم توقت البينتان وَقتًا، فالدار للذي ليست في يده في قول أصحابنا جميعًا؛ وذلك لأن كل واحد منهما إن جعلناه كالمثبت لملك الميت، فكأنّ المثبتين حضرا وأقام كل واحدٍ البينة [علىٰ ملك مطلق، فيكون الخارج أولىٰ، وإن جعلنا كل واحد منهما مثبتًا] لملك نفسه، فقد أقاما البينة علىٰ ملك مطلق، فالخارج أولىٰ[1].

٢٧١٩ ـ فَصْل: [توقيت أحدهما قبل الآخر]

قال: (فإن وَقَّتا وقتًا، ووَقَّت أحدهما قبل الآخر)[2]، فهي لصاحب الوقت الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وفي قول محمد ـ الذي يرويه ابن سماعة عنه في إملائه ـ: يحكم بها للخارج ولا يقبل من الذي في يده بينة علىٰ ما في يده [علىٰ وجه] إلا النتاج، وما كان في معناه خاصة.

وجهُ قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الآخر: أن صاحِبَ التاريخ أقام

---

(١) انظر: الأصل ٧/٥٨٦.

(٢) في ل (وإن وقت وقتين أحدهما قبل الآخر).



البينة أنه أول المالِكَين، وأن [الملك][(١)] لا يستحق في المدة إلا من جهته، والآخر أقام البينة على استحقاق الملك في المدة من [غير] جهته، فلم يقبل.

وجه قول محمد: أن صاحِبَ اليد أقام البينة على الملك في غير جهته، فصار كالملك المطلق.

٢٧٢٠ - فَصْل: [الخارج في تساوي الوقتين]

قال: فإن تساوى الوقتان فهي للخارج في قولهم؛ وذلك لأن التاريخ لمّا لم يدل على تقدم [ملك][(٢)] أحدهما، صارا كالمدعيين من غير تاريخ.

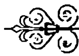
ولأن كل واحد منهما قام مقام الميت، فكأنهما حضرا وأقاما بينة على ملك مطلق، فالخارج أولى.

٢٧٢١ - فَصْل: [إقامة البينتين على الاستحقاق]

قال: فإن ادعى رجلان شيئًا في يد غيرهما، وأقام أحدهما البينة أن ذلك الشيء له، مات أبوه وتركه ميراثًا، وأقام الآخر البينة على مثل ذلك، ولم يوقتا، فهو بينهما نصفان في قولهم جميعًا؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق فيما يصح قسمته[(٣)]، فتساويا في نفس المستحق على ما قدّمناه[(٤)].



(١) في أ (المالك) والمثبت من ل.
(٢) في أ (ذلك) والمثبت من ل.
(٣) في ل (تسميته).
(٤) انظر: الأصل ٥٨٢/٧.




٢٧٢٢ ـ فَصْل: [توقيت البينتين وقتين متساويين]

قال: فإن وقّتت البينتان وقتين متساويين، فذلك الشيء بينهما نصفان؛ لأن الوقت لا يدل على تقدم أحد الملكين، فسقط التا[ريخان][1]، فيصيرُ كأنّ الشهود أطلقوا.

٢٧٢٣ ـ فَصْل: [توقيت إحدىٰ البينتين قبل الآخر]

قال: فإن كان وقت أحدهما قبل وقت الآخر، حكم بذلك الشيء لصاحب الوقت الأول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد في الميراث: ذلك كله سواء، وهو بينهما نصفان، هذا في رواية أبي سليمان، ولم يذكر [في رواية أبي][2] حفص [قول أبي حنيفة].

قال هشام في نوادره: سألت محمدًا عن رجلين ادّعيا دارًا في يد رجل، وأقام أحدهما بينة أن هذه الدار دار فلان مات منذ سنة وتركها ميراثًا، وأقام الآخر البينة أن فلانًا آخر مات منذ سنتين وتركها ميراثًا، قال: هي بينهما نصفان، قلت: لِمَ وقد وقتوا؟ قال: لم يوقتوا متىٰ كانت للميت، قلت: فإن أرَّخَا [ملك الميتين]، قال: هي لصاحب التاريخ الأول[3].

وجه قولهما: أن صاحب التاريخ أقام البينة أنه أول المالِكَين، وأن الملك في المدة لا يستحق إلا من جهته، فصار كأنهما أقاما البينة علىٰ ملكٍ مطلقٍ؛ [٣٨٥/أ] ولأن الوارث يَخلفُ الميّتَ في ملكهِ ويَقومُ مقامه، فصار تاريخ ملك

(١) في أ (التاريخ) والمثبت من ل.

(٢) في أ (لم يذكره أبو حفص) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٥٨٣/٧.




الوارثين كتاريخ ملك الميتين، فيكون السابق [منهما] أولى.

وكان أبو بكر الرازي ﷺ يقول في الشراء من اثنين: إنه لصاحب الوقت الأول في قولهم، ويفرق لمحمد بينه وبين الميراث؛ لأن المشتري يُثبت الملك لنفسه ولا يقومُ مقام بائعه في الملك (بخلاف الوارث)[1]، إلا أن محمداً ذكر في الإملاء: إذا أقام كل واحدٍ من الخارجين البينة على الشراء من الآخر وأرّخا، أن التاريخ لا يُقبل إلا أن يؤرخا ملك البائعين، وسَوَّىٰ بينه وبين الميراث؛ لأن ملك المشتري لا يَسلم له إلا بسلامة ملك بائعه، فصار في حكم الوكيل للبائع.

وجه قول محمد: أن كل واحد من الوارثين [إنما] يُثبت الملك للميت؛ بدلالة أن ديونه تقضىٰ منه، ولأن الملك لا يسلم له إلا بعد ثبوت ملك الميت، فصارا كميتَين حضرا وأثبتا ملكهما من غير تاريخ، فيكون [الشيء] بينهما.



(١) ساقطة من ل.

بَابُ
شهادةِ الشهودِ باليدِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا كانت الدارُ في يد رجل، فأقام خارج البينة أن الدار له منذ سنتين، وأقام الذي [هي] في يده [البينة] أنّها في يده منذ ثلاث سنين، فإن أبا يوسف روىٰ عن أبي حنيفة: أنها للذي هي في يده، روي ذلك عن أبي يوسف معلىٰ، وبشر بن الوليد، وهشام.

وقال في الأصل: أقضي بها للمدعي، ولم يحك خلافًا؛ لأن شهودَ الذي [هي] في يده لم يشهدوا أنها له، ولم يضف هذا القول إلىٰ أحد، وإنما أبهَم الرواية.

وقالوا جميعًا عن أبي يوسف: إنها للذي أقام البينة علىٰ الملك، وهو الخارج، والصحيح ما في الأصل: أن البينة علىٰ اليد لا تعارض بينة [الملك](١)، ألا ترىٰ أن اليد يجوز أن تكون يد ملك، ويجوز أن تكون غير ذلك، ولهذا لو لم يذكر التاريخ كان الملك المطلق أولىٰ بالإجماع(٢).

ووجه الرواية الأخرىٰ: أن صاحب اليد أثبت اليد في زمان لم ينازعه المدّعي فيه، وهي السنة الأولىٰ، فأثبت لنفسهِ بذلك حقًا، والمدّعي أقام البينة علىٰ حدوث ملكه بعد ثبوت هذه اليد، لا من جهة صاحب اليد ولا من جهة

---

(١) في أ (المال) والمثبت من ل.

(٢) في ل (بالاتفاق).

مستحق عليه، فلا تقبل بينته.

٢٧٢٤ - فَصْل: [إقامة المدعي البينة بأن الدار كانت في يده أمس]

قال: وإذا كانت دار في يد رجل، فادّعاها رجل، وجحد الذي في يده الدار، فأقام المدّعي بينة أنها كانت في يده أمس، فإنه لا يقضي بهذه البينة التي شهدت أنها كانت في يده أمس، وذكر أبو بكر الرازي عن أبي يوسف [أنه يقضي بهذه البينة](١)، وتدفع الدار إلى المدعي.

وجه قولهم المشهور: أن يد المدَّعى عليه شهادة في الحال، وشهادة الشهود بيد قد كانت عُرف زوالها آكد من قولهم كانت في يده، وليست الآن في يده، ومعلومٌ أنهم لو قالوا كانت في يده أمس وليست في يده الآن، لم تقبل شهادتهم، [فعلمنا أن ذلك](٢) أولى.

وعلى هذا قال أصحابنا: لو شهدوا أنها كانت لابنه لم تقبل؛ لأنهم شهدوا بملك كان، وقد علمنا زواله، فلم يمكن استصحابه مع وجود ما ينافيه، وليس هذا كإقرار صاحب اليد أنها كانت في يد الخارج أمس، أو شهادة الشهود على إقراره بذلك؛ لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه، ويلزم المقر، فوجود ما ينافيه في الحال لا يمنع من لزومه.

وأمّا الشهادة فلا يتعلق بها استحقاق إلّا بحكم الحاكم، والحاكم لا يجوز أن يستصحب اليدَ مع وجود ما ينافيها.

(١) في أ (أنها تقبل) والمثبت من ل.

(٢) في أ (فهاهنا) والمثبت من ل.

لأبي يوسف: أن اليد سَبب للاستحقاق مثل الملك، فإذا جازت الشهادة بملك كان وقد زال؛ فكذلك بيد كانت ثم زالت.

والجواب: أن الملك المتقدم لا يعلم حدوث ما ينافيه، فجاز أن يستصحبه، أما اليد فقد عرفنا وجود ما ينافيها، فلم يجز استصحابها، وصار نظير الشهادة باليد الشهادة بملك كان للميّت.

٢٧٢٥ ـ فَصْل: [إقامة الخارج البينة بكون الدار في يده أمس]

قال: ولو كان الخارج أقام البينة أنها كانت في يده أمس، وأخذها هذا منه، أو غصَبه إياها، أو أودعه، أو أعاره، أو أسكنه فيها، أو آجره أو أنها وصلت إليه من يده، حكم بها للخارج؛ [وذلك] لأنهم شهدوا بيد كانت وبَيَّنو[١] جهة زوالها، فوجَب أن يحكم بوجوب إعادتها، لقوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**»[٢]، ويروى: «**حتى ترد**».

وعلى هذا قالوا: إذا شهدوا أن هذه الدار كانت في يد فلان إلى أن مات، قضي بها لورثته؛ لأنهم شهدوا باليد مع جهة انتقالِ[٣] الملك، فجاز أن يحكم بها.

٢٧٢٦ ـ فَصْل: [دعوى المتنازعين بأن الدار لهما]

وقد ذكر محمد في كتاب الدعوى: في رجلين تنازعا دارًا، كل واحد منهما

---

(١) في ل (مع).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦١)؛ والترمذي (١٢٦٦)؛ والنسائي في الكبرى (٥٧٨٣)؛ وابن ماجه (٢٤٠٠)؛ والبيهقي في الكبرى، ٨/٢٨٦.

(٣) في ل (باليد مع الملك) فقط.

يدعي أنها له وفي يده، قال: على كل واحد منهما البينة، وعلى كل واحد منهما اليمين؛ لأن كل واحد منهما معترف [بوجود][(١)] الخصومة عليه بما ادعى اليد، فإذا أقام أحدهما بينة أنها في يده تثبت له اليد، وصار هو المدعى عليه، والآخر مدعٍ، فإن قامت لكل واحد منهما بيّنة أنها في يده، جعل القاضي الدار في أيديهما؛ لأنهما تساويا في إثبات اليد، فصار كما لو تساويا في إثبات الملك، (فهي بينهما نصفان.

فإن قامت لكل واحد منهما بينة في إثبات الملك)[(٢)]، فقد كان أصحابنا يقولون: إن المدعي إذا قال: هذه الدار ملكي وفي يدي، لم تُسمع دعواه؛ لأنه لا حق له على الخصم إذا كان ملكه في يده، إلا أن في هذه المسألة اعترف خصمه أنها في يده، فجاز أن تسمع بينته عليه لاعترافه.

وقد ذكر الخصاف عن أصحابنا: أن رجلاً لو أقام البينة على رجل أن في يديه الدار التي حدودها كذا، وأنها له، لم تقبل بينة المدّعي ما لم يشهد الشهود أن الدار في يديه، [ثمّ يقيم][(٣)] المدعي البينة أنها له؛ لأنه لا يؤمن أن يتفقا على دار في يد غيرهما، فتسمع البينة من غير خصم.

فعلى ما قال الخصافُ يجبُ أن لا تسمع البينة في مسألة الدعوى إلا أن تحمل مسألة الخصاف على أن الخصم ينكر اليد، ومسألة الدعوى كل واحد من الخصمين اعترف باليد، ومن أصحابنا من حمل مسألة الدعوى على أنهما أقاما

---

(١) في أ (بوجوب) والمثبت من ل.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) في أ (لم يقم) والمثبت من ل.

البينة على اليد، ثم أقام أحدهما البينة على الملك؛ فلهذا [لم] تقبل بينته.

فأما إذا وضع المسألة أنهما لم يقيما البينة على البيع حتى أقام أحدهما بينة على الملك، فإن القاضي يجب أن يقضي له في حق صاحبه خاصة، ولا يقضي في حق غيره، حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده؛ لأنه يجوز أن تكون الدار في يد غيرهما، [فاحتالا في][1] ذلك لتسمع البينة؛ فلهذا سمعت البينة في حق الخصم الحاضر [خاصة] دون غيره.

وأما إذا لم يكن لواحد منهما بينة، حلف كل واحد منهما، فإن حلفا جميعًا، أعرض القاضي عنهما ولا يقضي لواحد منهما باليد؛ لأنه لم يثبت لواحد منهما شيء، وإن نكلا جميعًا قضى باليد [٣٨٥/ب] بينهما في حقهما خاصة، فإن حلَفَ أحدهما ونكل الآخر قضى للذي حلَفَ على صاحبه، ومنع صاحبه عن خصومته حتى لو وجدت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده. [والله أعلم][2].



(١) في أ (حيلة من) والمثبت من ل.
(٢) انظر: الأصل ٥٧٥/٧، ٥٧٦.

بَابُ
الدعوى في الشراء



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: وإذا كانت الدار في يد رجل، أو الأرض، أو الدابة، أو غير ذلك، فادعىٰ رجل أنه اشتراها منه بألف درهم ونقد الثمن، وادعىٰ الآخر أنه اشتراها منه بألفي درهم ونقد الثمن، ولم تُوَقِّتْ واحدة من البينتين وقتًا، فإن أبا حنيفة قال: كل واحد من المشتريين بالخيار: إن شاء أخذها نصفها بنصف الثمن الذي سمىٰ شهوده، ورجع علىٰ البائع بنصفه، وإن [شاء] اختار نقض البيع فهو مردود.

فإن اختار أحدهما البيع واختار الآخر النقض، فإن للذي اختار إجازة البيع نصف المبيع بنصف الثمن، ولا يكون له كله إذا وقع الخيار من الحاكم، فقد نقض نصف البيع فيما اشترىٰ كل واحد منهما.

قال: والأصل في هذا: أن البينتين إذا تعارضتا في الشراء من واحد، وليس هناك قبض ولا تاريخ، ففي المسألة أحكام:

أحدها: أن الشيء بينهما؛ لأنهما لا يحتاجان إلىٰ إثبات الملك لأنفسهما[1]، وإنما يحتاجان إلىٰ إثبات الملك فقط، وكل واحد من العقدين بمعنىٰ [حادث][2]، وكل أمرين حادثين لا يعرف تاريخ ما بينهما، حكم بوقوعهما معًا كالغرقىٰ، وإذا

(١) في ل (ملك بائعهما).

(٢) في أ (واحد) والمثبت من ل.

حكمنا بوقوعهما معًا تساويا في المستحق؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق على وجه لم يبيّن كذب إحدى البينتين، والشيء مما يصح فيه الاشتراك، فصار كإقامة البينة على النسب والوصية.

ولا يقال: إنا تبينا كذب إحدى الفريقين لاستحالة أن يصح البيع من كل واحدٍ منهما؛ لأن الشهود لا يشهدون بصحة البيع، وإنما يشهدون بالبيع فقط، وليس يمتنع أن يشاهده كل فريق ببيع من واحدٍ، أو يكون قد وكّل واحد بالبيع والآخر بالبيع، فباع الوكيلان معًا كل واحد منهما من واحد، فلم يتقدم أحد العقدين على الآخر.

وأما ثبوت الخيار لكل واحد منهما؛ فلأنه دخل في الشراء ليسلم له المبيع من غير شركة، والآن لم يسلم له [المبيع] إلا مع الشركة، والشركة عيب، فإن شاء التزمه وإن شاء ردّه.

فإن اختار أخذه رجع كل واحد منهما على الآخر بنصف الثمن؛ [لأن نصف المبيع استحقه كل واحد على الآخر]، وسلامة الثمن موقوف على سلامة المبيع، (فإن اختار الدار جميعًا أخذها كل واحد بجميع الثمن؛ لأن البيع انعقد في حقهما، فوجَب لكل واحدٍ منهما الثمن؛ لأن المبيع يستحقه كل واحد على الآخر بنصف الثمن)[1].

[فإن اختار الرد، رجع كل واحد بجميع الثمن؛ لأن البيع انفسخ بينهما في حقهما، فوجب لكل واحد منهما الثمن].

فإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ، وذلك بعد تخيير الحاكم، فليس له

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

أن يأخذ إلا النصف؛ لأن الحاكم لما حكم بالمبيع بينهما وخيّرهما فقد فسخ العقد في حق كل واحد منهما في النصف، فلا يعود إلا بتجديد عقد، وهذا كما نقول: إذا قضىٰ القاضي بالدار للشفيعين فسلم أحدهما لم يكن للآخر أن يأخذ إلا النصف؛ لأن القاضي أبطل شُفْعَةَ كل واحدٍ منهما فيما قضىٰ به للآخر.

وأما إذا اختار أحدهما ترك الخصومة قبل تخيير الحاكم، فللآخر أن يأخذ الجميع؛ لأن حقه ثبت في الجميع بالعقد، وإنما يسقط عن بعضه بالمزاحمة، فإذا زالت المزاحمة والعقد بحاله بقي حقه في جميعه، وهذا كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة قبل قضاء القاضي، كان للآخر جميعها[1].

٢٧٢٧ ـ فَصْـل: [الحَقُّ في توقيت البينتين]

فإن وقتت البينتان، كان لصاحب الوقت الأول؛ لأنا لَمَّا حكمنا بالبيع الأول ملكه المشتري، فصار كأن البائع بعد ذلك بائعًا مِلْكَ غيره، فلم يجز بيعه.

٢٧٢٨ ـ فَصْـل: [الحَقُّ في توقيت إحداهما دون الأخرىٰ]

فإن وقتت إحداهما ولم توقت الأخرىٰ فهي لصاحب الوقت؛ لما بَيَّنَّا أنا لا نحتاج إلىٰ إثبات الملك للبائع، وإنما نحتاج إلىٰ إثبات ملكهما، وقد عرفنا تقدم ابتياع صاحب التاريخ [فبقي بيع الآخر معنىً حادثاً لا يعلم تاريخه، فيحكم به في الحال، فيكون الذي قبله] أولىٰ به.

٢٧٢٩ ـ فَصْـل: [الدار في يد أحدهما وليس لأحدهما تاريخ]

ولو لم يكن لواحد منهما تاريخ، وكانت الدار في يد أحدهما فهو أولىٰ؛

(١) انظر: الأصل ٧/٥٩٦، ٥٩٧.

وذلك لأن أمر المسلم محمول على الصحة والجواز، فلم يجز أن يحمل هذا على قبض غصب، فبقي أن يحمل على قبض بيع، والقبض معنىً حادث، فيحكم بوقوعهما معًا، فصار قبض أحدهما مع بيع الآخر والقبض متصدر[1] عن عقد، فصار عقد صاحب القبض متقدمًا من طريق الحكم، فهو أولى.

٢٧٣٠ - فَصْل: [الشهادة بالبيع مع التوقيت]

قال: وإن ذكر الآخر وقتًا لم ينتفع به، إلا أن يشهدوا له أن بيعه كان قبل بيع الذي في يده الدار، فيقضى له به، ويرجع الآخر بالثمن على البائع؛ وذلك لما بَيَّنَّا أن القبض يدل على تقدم العقد، فإذا ذكر الآخر تاريخًا جاز أن يكون هذا البيع قبله، وجاز أن يكون أقدم منه، فلا يعلم بالتاريخ حتى يقدم العقد، وليس كذلك إذا لم يكن هناك قبض؛ لأنا لم نحكم بتقدم العقد، وهو معنى حادث، فحكمنا بوقوعه في الحال، فصار صاحبُ التاريخ أقدم منه.

وأما إذا شهدوا بتقدم البيع على بيع صاحب القبض، فالمتقدم أولى؛ لأنه ملك من الوقت السابق، وبيع الآخر حصل بعده، فلا يعتد به.

٢٧٣١ - فَصْل: [إقامة كل من المدعيين البينة بالشراء من الآخر]

فإن أقام كل واحد منهما البينة على شراء من الآخر، وعلى ملك البائع، فإن يقضي بها بينهما نصفين؛ لأن المشتريين قاما مقام البائعين، فكأنّ البائعين حضرا وأقاما البينة على الملك، فيكون الشيء بينهما على ما قدمنا، ولم يذكر في هذا الفصل الخيار اكتفاءً بما مضى، وإلا فالخيار ثابت؛ لأن الاستحقاق يوجب[2]

(١) في ل (مقدر).

(٢) في ل (يوجد باستحقاق).

استحقاق الملك من الأصل؛ ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن، فيثبت لكل واحد من المشتريين الخيار.

٢٧٣٢ - [فَصْل: الاستحقاق يوجب الرجوع بالثمن]

فإن كانا أقرّا بقبض المبيع أو لم يقرّا، فإن كل واحد من المشتريين منهما يرجع على بائعه بنصف [المبيع][١]؛ وذلك لأن نصف المبيع استحق من يده، والاستحقاق قبل قبض الثمن وبعده يوجب الرجوع بالثمن.

٢٧٣٣ - فَصْل: [تقدم أحد الوقتين قبل الآخر]

قال: ولو كان الشهود وقّتوا وقتًا في الشراء، فكان أحد الوقتين قبل صاحبه، فإنه يقضى به لصاحب الوقتِ الأول في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد؛ وذلك لأن صاحب الوقت الأول أثبت لنفسه الملك في وقت متقدم لم ينازعه صاحبه فيه، فلم يستحق الملك بعد ذلك إلا من جهته، وقد أقام الآخر البينة على الاستحقاق من غير جهته، فلم تقبل بينته، وهذه رواية الأصول، وقد بَيَّنَّا الفرق بين المشتريين [والوارثين][٢] على ما كان يقوله أبو بكر الرازي.

فأما على رواية الإملاء عن محمد: فالتاريخ لا يعتد به؛ لأن المشتري يثبت ملك بائعه، وهو مؤرخ[٣]، فتاريخه لملكه لا يعتد به، فكأن البائعين حضرا وأقاما بينةً على الملك من غير تاريخ، فيقسم بينهما.

---

(١) في أ (الثمن) والمثبت من ل.

(٢) في أ (الوادعين)، والمثبت من ل.

(٣) في ل (غير واضح). في ر (غير مؤرخ)، وهذا أصح كما يقتضيه السياق.

قال: ولو وقتت إحدىٰ البينتين وقتاً، ولم توقت الأخرىٰ وقتًا، فإنه يقسم بينهما نصفين؛ وذلك لأن توقيت أحدهما لا يدل علىٰ ما تقدّم ملكه لجوازِ أن تكون البينة الأخرىٰ لو وقتت [وقتًا] [٣٨٦/أ] لكان أقدم، وإذا لم يدل علىٰ التقدم سقط التاريخ.

وليس كذلك إذا كان البائع واحدًا؛ لأنهما اتفقا علىٰ ملك البائع، [فلا][1] يثبت لأحدهما تاريخ، وشراء الآخر معنىٰ حادث حكم به في الحال.

٢٧٣٤ - فَصْل: [كون الدار في يد أحدهما ويقضىٰ للآخر]

قال: ولو كانت الدار في يد أحدهما قضي بها للآخر؛ وذلك لأنهما قاما مقام البائعين، فكأنهما حضرا والدار في يد أحدهما، فأقاما البينة علىٰ الملك، فتكون بينة الخارج أولىٰ.

وليس كذلك إذا كان البائع واحدًا؛ لأنهما اتفقا علىٰ ملك البائع والقبض وبيع الآخر، فكأنهما في الحكم معًا، فيصير بيع صاحب القبض متقدمًا علىٰ طريق الحكم، فكان أولىٰ[2].



---

(١) في أ (فإذا) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٥٩٧/٧.




بَابٌ
آخر: في الرجلين يَدَّعِي أحدهما بيعًا والآخر هبةً أو صدقةً أو ميراثًا والمُدَّعَى عليهم متفرقون



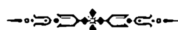
قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانتِ الدارُ في يد رجل فادّعى رَجل أنهُ اشتراها من فلان بمائة درهم وهو يملكها، ونقده الثمن، وادّعى آخر أن فلانًا الآخر وهبها له وقبضها منه، وهو يومئذٍ يملكها، فإنه يقضي بها بينهما نصفين.

ولو كان معهما مُدَّعٍ يَدَّعِي ميراثًا عن أبيه، وأقام على ذلك بينة، وادعى آخر صدقة من آخر، فأقام على ذلك بينةً وعلى القبض، فإنه يقضي بينهم أرباعًا؛ وذلك لأن المدعِيْن هاهنا يثبتون ملك من استفادوا الملك من جهته، وقد تساوى حكم أملاكهم، فلا [معنى][1] بإثبات ملك المتنازعين من القوة والضعف، [فكانوا جميعًا سواء]، وصار كأن البائع والواهِب والمتصدق والميت حضروا وأقام كل واحدٍ بيّنة على الملك المطلق، فيتساوون، وليس كذلك إذا كانت الدعوى من [مالك][2] واحد؛ لأنهم اتفقوا على ملكه، وإنما اختلفوا في ملك أنفسهم، فجاز أن يرجح أحدُ الأسباب على الآخر على ما سنبيّنه[3].



(١) في أ (معتبر) والمثبت من ل.
(٢) في أ (ملك) والمثبت من ل.
(٣) انظر: الأصل ٥٩٨/٧.

بَابُ
إذا اختلفَ الدعوى والمدعى الملك من قبلهِ واحدٌ



قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا كانت الدار في يد رجل، فأقام رجل البينة أنه اشتراها من فلان بثمن مسمىٰ ونقده الثمن، وقبضَ الدار، وأقام الآخر البينة أن فلانًا ذلك وهبها له وقبضها منه، فإنه يقضىٰ بها لصاحب الشراء، وكذلك الشراء مع الصدقة، وكذلك النُّحْلَىٰ والعُمْرَىٰ مع الشراء، فإنه يقضىٰ بها لصاحب الشراء؛ وذلك لأن الشراء والهبة كل واحد منهما [معنىٰ] حادث لا يعلم تاريخه، فيحكم بوقوعهما معًا كالغَرْقَىٰ إذا وقعوا معًا، تعلق الاستحقاق بعقد البيع، ولم يتعلق بعقد الهبة حتىٰ ينضم القبض إليه، فكان البيع أسبق نفاذًا، فكان أولىٰ.

٢٧٣٥ ـ فَصْل: [إقامة المدعيين بينتين مختلفتين]

قال: فإن لم يقم واحد منهما البينة علىٰ الشراء، وأقام واحد علىٰ الهبة والقبض، والآخر علىٰ الصدقة والقبض، فإنه يقضي [بها] بينهما نصفين؛ وذلك لأن الهبة والصدقة تساويا في افتقار كل واحد منهما إلىٰ القبض، ولم يترجح أحدهما علىٰ الآخر، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق.

فإن قيل: الصدقة أولىٰ؛ لأنه لا يصح الرجوع فيها، وفي الهبة يصح، قلنا له: الترجح إنما يقع بتقدم أحد العقدين علىٰ الآخر، والصدقة والهبة لا يتقدم أحدهما [علىٰ] الآخر حكمًا؛ ولأن الرجوع [معنىٰ يقع في ثاني العقد، والترجيح

يقع حكمه ابتداء العقد، ولأن الرجوع][1] حق ضعيف، ألا ترى أنه يمكن للموهوب له أن يطالبه[2] فلم يقع به الترجيح.

وقد فرضت هذه المسألة في هبة الدابة، وهي مما لا يحتمل القسمة، فوقوع الهبة في بعضها والصدقة في بعضها جائز.

وأما إذا كانت المنازعة فيما يحتمل القسمة، والمسألة بحالها، فمن أصحابنا من [قال]: لا يحكم لواحد منهما؛ لأن هبة الواحد من الاثنين لا يصح عند أبي حنيفة، ومنهم من قال: لا فرق بين ما تحتمل القسمة أو لا تحتمل [القسمة]؛ لأن لكل واحد منهما بيّنته[3] على هبة الجميع، وإنما يستحق بعض ذلك حكمًا، والإشاعة في الثاني لا تؤثر فيه الهبة ولا في الصدقة.

٢٧٣٦ - فَصْل: [إقامة امرأة البينة على الزواج والآخر على الهبة]

فإن أقام [أحدهما] بينة على هبة مقبوضة أو صدقة مقبوضة، وأقامت امرأة البينة أنها تزوّجت عليها، فالنكاح أولى، وهي للمرأة؛ وذلك لأن البدل في النكاح يُستحق بمجرد العقد، وفي الهبة لا يستحق إلا بالقبض، فصار كالبيع والهبة.

٢٧٣٧ - [فَصْل: إقامة امرأة البيّنة على الزواج ورجل على الشراء]

قال: وإن كانت المرأة أقامت على النكاح بالدابة البينة، وأقام رجل على

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ والمثبت من ل.

(٢) في ل (يبطله) والمثبت من أ.

(٣) في ل (أقام البينة) والمثبت من أ.

الشراء، فهي بينهما نصفان في قول أبي يوسف، وقال محمد: الشراء أولىٰ من النكاح، وتكون للمرأة القيمة علىٰ الزوج في قول محمد.

لأبي يوسف: أن النكاح والبيع تساويا في أن الملك يقع في كل واحدٍ منهما بنفس العقد، فصارا كالبَيِّعين، ولأن كل واحدٍ من العقدين يتعلق به الضمان والاستحقاق، وحكم النكاح في العوض أقوىٰ؛ لأنه يثبتُ بغير تسمية، فلا يجوز ترجيح البيع عليه.

ولمحمد: أنَّ من أصله ترجيحُ البينات وتصحيحها ما أمكن حُسن الظن بالشهود، وهو حكم يتقدم البيع فصحّ، وصحّت التسمية في النكاح؛ لأن من تزوج امرأة علىٰ ملك غيره، صَحَّت التسمية وكان لها القيمة، ولو حكم بتقديم النكاح لبطل البيع، وما أدّىٰ إلىٰ تصحيح العقدين فهو أولىٰ؛ ولأنا لو لم نحكم بتقدم البيع، لحكمنا بوقوع العقدين معًا، فيبطل البيع في النصف، وإذا تقدم البيع صَحَّ العقدان جميعًا، فهو أولىٰ.

٢٧٣٨ـ فَصْل: [اجتماع الشراء والرهن]

قال: وإذا اجتمع الشراء والرهن، فالشراء أولىٰ من الرهن؛ وذلك لأن الشراء يتعلق الاستحقاق بعقده، والرهن لا يتعلق ذلك بعقده، فكان البيع أسبق من طريق الحكم، فكان أولىٰ كالبيع والهبة؛ ولأن الشراء إثبات ملك، والرهن إثباتُ حق، والملك والحق إذا اجتمعا فالملك أولىٰ[(١)] من الحق، ولأن الشراء يرد علىٰ الرهن، والرهن لا يردُ علىٰ البيع؛ لأنه لو باع[(٢)] رهنًا لم يصح، وإذا

(١) في ل (إذا تساويا فالملك أقوىٰ) والمثبت من أ.

(٢) في ل (لو باع ثم رهن).




اجتمعا كان البيع أولىٰ، كنكاح الحرة والأمة.

٢٧٣٩ - [فَصْل: اجتماع الرهن والصدقة]

قال: والرهن أولىٰ من الصدقة والهبة، وذكر في كتاب الشهادات أن القياس يقتضي أن الهبة أولىٰ من الرهن؛ لأن [الهبة] فيها إثبات الملك، فهي أولىٰ من إثبات الحق، ولأن الهبة ترد علىٰ الرهن، والرهنُ لا يرد علىٰ الهبة.

ووجهُ الاستحسان: أن الرهن يتعلق [به ضمان][١]، والهبة لا يتعلق بها ضمان، [فصار الرهن مع الهبة][٢] كالبيع مع الهبة[٣].



(١) طمس في أ، والمثبت من ل.

(٢) في أ (فهو) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل ٥٩٦/٧ ـ ٦٠٠.

بَابُ
دَعْوَى من في يدِهِ على خارِجٍ ودعْوَى الخارجِ على من في يدهِ



[٣٨٦/ب] قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدارُ في يد رجل، فأقام آخر البينة أنه اشتراها من الذي هي في يده بألف درهم ونقده الثمن، وأقام الذي في يده البينةَ أنه اشتراها من المدّعي بألف ونقده الثمن، فإنّ البينتين تتهاتران على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا يجب لواحد منهما على صاحبه ثمن، وتبقى الدار في يد الذي هي في يده.

ولو وقتت البينتان وقتين أحدهما قبل صاحبه، فإنه يقضى بها لصاحب الوقت [الأخير][1]، لأيّهما كان، والبيع الثاني ينقض البيع الأول.

وقال محمد في المسألة الأولى: إذا لم يوقت إحدى البينتين وقتًا فإني أقضي بالبينتين جميعًا، وأقضي بالدار للمدعي الذي ليست الدار في يده.

وجه قولهما: أن دخول كل واحد من المتبايعين مع الآخر في البيع إقرار له بالملك، فكأن كل واحد منهما أقام البينة على إقرار الآخر له، ولو أقاما البينة على الإقرار بها تهاترت البيّنتان، كذلك هذا.

ولأنه لا يخلو: إما أن يحكم بوقوع البيعين معًا، أو بتقدم أحدهما على الآخر، فإن حكمنا بوقوعهما معًا بطلا لاستحالة أن يستفيد كل واحدٍ منهما الملك من صاحبه في الحال الذي يفيده الملك، وإن حكمنا بأحد البيعين بعينه

(١) في أ (الآخر) والمثبت من ل.

متقدمًا على الآخر، أثبتنا تاريخًا لم يشهد به الشهود، [وهذا لا يجوز، كما لا يجوز إثبات قبض لم يشهد به الشهود].

وجه قول محمد: أن الشهود عدول، والواجب حُسْنُ[1] الظَّنِّ بهم، وحمل أمرهم على الصحة ما أمكن، والبينة إذا قامت على حقين[2] حكمت الأدلة في إثبات السابق منهما، واليد إحدى علامات السبق؛ بدلالة أن المشتريين من رجل واحد إذا أقاما البينة ومع أحدهما قبض جعل عقده أسبق، فيحمل الأمر على أن الخارج باع من صاحب اليد وسلمه، ثم باع صاحب اليد منه ولم يسلمه إليه، فيؤمر بالتسليم.

ولا يجوز أن يحمل الأمرُ على أن صاحب اليد باع من الخارج ولم يسلم إليه، ثم ابتاع منه؛ لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز، فلم يجز حمل الأمر على ما يفسد معه أحد العقدين، بل يجب حمله على ما يصح معه العقدان جميعًا.

قال: ولو وقتت البينتان، وقبض أحدهما قبل صاحبه، فإنه يقضي بها لصاحب الوقت الآخر، أيهما كان، والبيع الثاني ينقض البيع الأول.

وهذا الفصل على وجهين: إما أن يكون ابتياع الخارج أسبق، أو ابتياع صاحب اليد أسبق، وكل واحد من الفصلين على فصلين: إما أن يكون الشهود أثبتوا القبض، أو لم يثبتوا.

فإن كانت بينة[3] الخارج أسبق ولم يثبت قبض، ففي قول أبي حنيفة وأبي

(١) في ل (تحقيق).
(٢) في ل (البيعين).
(٣) في ل (وقت).

يوسف: يقضىٰ بالدار لصاحب اليد، وعلىٰ قول محمد: يقضىٰ بها للخارج.

أما علىٰ قولهما: فلأن الخارج ابتاع أولاً ثم باع قبل قبض المبيع، وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما، فيجوز البيعان معًا.

وعلىٰ قول محمد: الخارج ابتاع أولاً ثم باع قبل القبض، فلم يصح بيعه، فيبقىٰ علىٰ ملك الخارج.

وأما إذا أثبتوا القبض جاز البيعان جميعًا، ويقضىٰ للذي هي في يده في قولهم جميعًا؛ لأن ابتياعه هو المتأخر، وقد ابتاع بعد[1] القبض فيصح علىٰ المذهبين.

وأما إذا كان وقت الذي هي في يديه أسبق ولم يثبتا القبض، فإنا نجعل الذي في يده كأنه ابتاعها أولاً علىٰ ما شهدت شهوده، ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه، فيؤمر بالتسليم إليه في قولهم جميعًا.

وأما إذا أثبتوا القبض، ففي قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف: الجواب كذلك، وفي قول محمد: يجب أن يكون مثله؛ لأنه يجعل الذي في يده كأنه اشتراها أولاً ثم باع من الخارج وسَلَّم إليه، ثم عادت إلىٰ صاحب اليد بوجه آخر، وهذا التفصيل لم يذكره أبو الحسن.

قال: ولو كانا أقاما [جميعًا] البينة علىٰ الشراء والقبض، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا في ذلك: هي للذي في يده، والبينتان باطلتان، وقال محمد: أما أنا فأراها للذي هي في يده، وألف بألف قصاص.

(١) في ل (قبل).

أما أبو حنيفة وأبو يوسف: فقد بنيا على أصلهما، وأما محمد: فإنه يجعل الخارج كأنه اشتراها من الداخل وقبضها، ثم اشتراها الداخل منه وقبض؛ لأن من أصله أن القبض الموجود إذا أمكننا أن نجعله قبض بيع جعلناه كذلك؛ لأنه موجب البيع، والمسلم يجب حمل أمره على الصحة، وإذا صار هذا قبض بيع، كان ابتياع الخارج أوّلاً.

وقال معلى: قال أبو يوسف في عبد في يدي رجل أقام أحدٌ البينة أنه اشتراه منه وقبضه، وأقام الذي في يديه البينة أنه اشتراه من المدّعي، قال: هو للذي في يديه، وهذا على ما بيّناه من أصل أبي حنيفة وأبي يوسف في تهاتر البينتين، وأمَّا محمد: فجعل المشتري صاحبَ اليد هو الثاني، حتى يجعل القبض الموجود قبض بيع، فهو أولى من حمله على غير ذلك ما أمكن، وهذا باب فَرَّع عليه محمد في الجامع الكبير فروعًا مضطربة على أصله، وفيما ذكره أبو الحسن كفاية[1].



(١) انظر: الأصل ٥٧٦/٧.

بَابُ
الدعوى إذا خالفت الشهادة



قال أيده الله: الأصل في هذا الباب أنَّ البينةَ التي تقوم لحق آدمي لا تقبل إلا بمدعٍ؛ لأنها حق له، وحقوق الإنسان تقف على مطالبته، أو مطالبة من يقوم مقامه، فمتى خالفت الدعوى البينة لم تقبل البينة؛ لأنه لا مُدّعي لها، والمعتبر اتفاق الدعوى والشهادة من طريق المعنى لا من طريق اللفظ، ألا ترى أن المدعي يقول: أدّعي كذا، والشاهد يقول أشهد بكذا، فيختلف اللفظ، ويتفق المعنى، فكل موضع أمكن أن يوفق بين الدعوى والشهادة لم تبطل، وإذا لم يمكن أن يوفق[1] بينهما بطلت.

قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كانت الدار في يد رجل، فادّعاها آخر أنها له ورثها عن أبيه، وجحد الذي في يديه الدار دعواه، فأقام المدعي البينة أنه اشتراها من الذي هي في يديه منذ سنتين ولم يذكرا أباه، فإن هذه الشهادة لا تقبل في قولهم؛ (وذلك لأنه ادّعى مِلْكًا من جهة الميراث، وشهد الشهود بالشراء، وهذه شهادة لا مدعي لها، فلا تقبل؛ لأنه في الظاهر أكذب الشهود بدعواه الإرث، فلا تقبل شهادتهم.

قال: ولو ادّعى أولاً أن الذي في يديه تصدق بها عليه، ثم أقام بينة أنه اشتراها من الذي [٣٨٧/أ] هي في يديه، أو ادّعى أولاً الشراء ثم أقام بينةً على صَدقةٍ أو هبةٍ من الذي هو في يديه وأنه قبضها، لم تقبل بَيِّنَته؛ وذلك لأنه ادعى

(١) في ل (التلفيق).




الملك من جهة مخصوصةٍ وشهد الشهود بجهة أخرىٰ تخالف الدعوىٰ، فلا تقبل.

قال: فإن قال المدعي: قد كنت اشتريتها منه فجحد، وسألته بعد ذلك فتصدق بها علي، أو قال: سألته فوهبها لي، فقبضتها، وقد شهدت له البينة علىٰ الهبة أو الصدقة والقبض، قبلت بيّنته، وحكمت له بالدار إذا فسّر هذا التفسير.

وكذلك إن قال: جحد في الميراث فاشتريتها منه؛ وذلك لأنه يمكن الجمع هاهنا بين الدعوىٰ والبينة؛ لأن الأمر يجوز أن يكون علىٰ ما قاله.

وكذلك إن لم يفسر؛ لأن المخالفة موجودة في الظاهر، فلم تقبل البينة.

قال: وإذا كانت دار في يدي رجل، فادعىٰ أنه اشتراها منه بعبده هذا، فسئل البينة، فأقام البينة في مجلس آخر أنه اشتراها بألف درهم، فإن بينته لا تقبل؛ وذلك لأن اختلاف البدل يوجب اختلاف العقود، فقد ادعىٰ عقدًا وأقام البينة بعقدٍ آخر، فلا تقبل بينته.

قال: فإن قال: جحدني الشراء بالعبد، فاشتريته بعدَ قيامي من مجلس الحاكم بألف درهم، فإنه تقبل بينته علىٰ ذلك، ويقضىٰ له بالدار؛ وذلك لأن العقد قد يطرأ علىٰ العقد بعد الجحود، ويمكن الجمع بين الدعوىٰ الثانية والأولىٰ.

قال: ولو أقام البينة أنه اشتراها منه منذ سنة، أو منذ شهر، أو قبل قيامه من مجلس الحكم بألف، لم تقبل بينته؛ وذلك لأنه لمّا ادّعىٰ عند الحاكم الشراء بالعبد، ثم ادعىٰ أنه كان قبل ذلك الشراء اشترىٰ بألف، فقد نقض الشراء الأول بالثاني، فدعواه مخالفة للبينة فلا تقبل.

قال: ولو ادعىٰ أول مرّة شيئًا في يد غيره أنه له، وجحد الذي هي في يديه الدعوىٰ التي ادعاها الخارج، فأقام البينة أنه اشتراها من الذي هي في يديه، أو تصدق بها عليه وقبضها، أو وهبها له وقبضها، أو أنه ورثها من أبيه، أو ملكها بشراء أو صدقة أو هبة مِن غير مَنْ هي في يديه، فإنه يقضي بها له؛ وذلك لأنه لا منافاة بين هذه الدعوىٰ وبين البينة، ألا ترىٰ أن الملك لم يمنع ذلك من قبول شهادتهم.

وكذلك لو جاء ببينة أن ذلك لغيره وكّله بالخصومة فيها، فإنه يقضىٰ بها للذي وكله بالخصومة فيها؛ لأن دعواه للدار لا ينفي إقامة البينة لموكله؛ لأن الوكيل قد يضيف الشيء إلىٰ نفسه لثبوت حق المطالبة له فيه، وإذا كان كذلك ثبت ذلك، قبلت البينة.

قال: ولو ادّعىٰ أول مرة أنها لفلان أنه وكّله بالخصومة فيها، ثم أقام البينة أنها له لم يقبل ذلك منه؛ لأن المستحق للشيء لا يضيف ذلك إلىٰ غيره، وإنما يضيف ملك الغير إلىٰ نفسه إذا كان وكيلاً، فكانت البينة مخالفة لدعواه، فلم تقبل)[1].

وكذلك لو أقام بينة أنها لآخر وكّله بالخصومة فيها، لم يقبل ذلك منه، ولا أصدقه عليه؛ لأن الوكيل يضيف ملك الموكل إلىٰ نفسه، ولا يضيفه إلىٰ موكل آخر، فكانت الدعوىٰ الثانية نقضًا للأولىٰ.

قال: فإن قال بعدما ادّعىٰ الوكالة من الثاني أنه باعها من فلان، وهو يملكها، وقد وكّلني فلان ـ يعني المشتري ـ بالخصومة فيها، وجاء بالبينة علىٰ

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.



ذلك، فإني أقبل ذلك، وأقضي بالدار للموكل الآخر؛ وذلك لأنه يمكن الجمع من الدعويين لجواز أن يبيع الموكل الأول [من الثاني]، وإذا أمكن الجمع بينهما لم يتنافيا.

قال: وكذلك لو ادّعىٰ [علىٰ] رجل [دينًا] في صَكٍّ جاء به باسمه، ثم جاء بالبينة أن ذلك المال بعينه في الصك لغيره وكله بالخصومة فيه، فإني أقبل ذلك منه؛ وهذا لما بَيَّنَّا أن الوكيل قد يضيف ما وُكِّل به إلىٰ نفسه، فلم تتنافىٰ البينة والدعوىٰ.

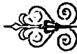
قال: ولو أن رجلاً ادّعىٰ دارًا في يد رجل أنه اشتراها من فلان، وهو يملكها ـ رجل غير الذي الدار في يديه ـ، ثم أقام المدّعي البينة أنها داره، فلم يشهدوا علىٰ الشراء، فإن الشهادة باطلة، وكذلك لو ادعىٰ أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثًا، ثم أقام البينة أن الدار داره، لم تقبل بينته حتىٰ يشهدوا بما قال؛ وذلك لأن المدعي ادعىٰ ملكًا مُقيدًا[1] بالشراء أو بالميراث، وأقام البينة علىٰ ملكٍ مطلق، والملك المطلق أعمُّ من المقيد؛ لأن الملك المُرسل يستحق من الأصل؛ ولهذا يستحق أولاد الجارية.

وإذا كانت الشهادة أكثر من الدعوىٰ لم تقبل، مثل أن يدعي ألفًا فيشهدان بألف وخمسمائة؛ ولأنه أَقَرَّ بالملك للبائع وللميّت، فلا تقبل الشهادة له حتىٰ يشهدوا علىٰ الانتقال منه إليه.

[قال]: وإذا ادعىٰ أنه اشتراها من فلان، وجاء بشاهدين يشهدان أن فلانًا ذلك وهبها له وقبضها منه، وهو يملكها، فإن الشهادة باطلة، إلا أن يقول اشتريتها

---

(١) في ل (حادثًا).




فجحدني ، ثم وهبها لي بعد ذلك ، وهذا على ما قدّمنا .

قال بِشر عن أبي يوسف: في رجل ادعى دارًا في يد رجل ، وقال قد اشتريتها منه في شهر رمضان بألف ونقدته الثمن ، فجحد الآخر البيع والخصومة ، فسأل القاضي المدعي البينة ، وكان تقدم إليه في ذي القعدة ، فجاء بالبينة ، فشهدت أن هذا تصدّق بالدار على المدعي في شعبان وقبضها ، فإن القاضي لا يقبل هذه البينة ؛ لأن الشراء المتأخر الذي ادّعاه في رمضان ينقض التصدق في شعبان ، [فكان مكذبًا للبيّنة] .

قال: وإذا قامت بينة على الصدقة في شوال قُبِلَ ذلك منه ؛ لأنه يقول: جحدني الشراء فطلبت إليه فتصدق بها عليّ ؛ وهذا لما بَيَّنَّا أن دعوى الشراء في رمضان لا تنفي الصدقة في شوال مع الجحود .

قال: ولو لم يذكر بينة [على] الصدقة فجاء بالبينة على الشراء ، لم أقبل ذلك منه ؛ وذلك لأن الصدقة الأخيرة تنقض الشراء المتقدم ، فلم تقبل البينة مع إكذابها بالدعوى الأخيرة[1] .



(١) انظر: الأصل ٥٩٦/٧ وما بعدها .

بَابُ
الرجلين يَتَداعيانِ الشيء بالأيدي



قال أبو الحسن ﷺ: وإذا اختصم رجلان في دابة أو بقرة أو ثوب أو عبد أو غير ذلك من العروض، قال: إذا كان قائمًا بعينه فإن القاضي ينبغي له أن لا يسمع واحدًا منهما حتىٰ يُحضرا ذلك الشيء الذي يتنازعان فيه بعينهِ [٣٨٧/ب] إلا أن يكون أحدهما قد استهلكه، والآخر يدّعي أنها له، فإن وقعَ الأمرُ علىٰ هذا قُبِلت البينة؛ لأنه مُستهلَك.

والأصل في ذلك: أن المنقولات لا تُضْبط بالصفة، ومن حكم الدعوىٰ أن تقع في معلوم، فإذا لم يحضر لم تقع الدعوىٰ علىٰ عينها، فلم يعرفها القاضي ولا الشهود، فلذلك وجب إحضارها.

ولأن الخصومة تتعلق: بُمدّعي، ومدّعىٰ عليه، ومدعىٰ فيه، ومعلوم أن المتداعيين إذا أمكن حضورهما وقفَ الحكم علىٰ ذلك، فكذلك المدعىٰ فيه.

وليس كذلك المستهلك؛ لأن الدعوىٰ لا تقع في عين، وإنما تقع فيما في الذمة، وقد حضر صاحبُ الذمةِ، وليس هذا كالعقار؛ لأنه يصيرُ معلومًا بالتحديد، فتقع الشهادة علىٰ معلوم.

ولهذا لو وقعت الدعوىٰ في غير محدود لم تصح حتىٰ يحضر الحاكم عند الأرض، فتُسمع الدعوىٰ علىٰ عينها، ويشير الشهود إليها بإشارة في الشهادة.

وأما إذا وقعت الدعوىٰ في المنقولات التي يتعذر نقلها كالحجارة والأرحية،

فلم يذكر [ذلك] أصحابنا المتقدمون، وكان شيوخنا يقولون: إن شاء الحاكم حضر عندها، وإن شاء بعث بأمين من أمنائه؛ لأنها لا تضبط بالحدود ويتعذر نقلها، فتسمع الدعوىٰ علىٰ عينها.

قال: ولو اختصم رجلان في شيء مما ذكرنا، وكل واحد منهما متعلق به يقول: هو لي وفي يدي، فإن علىٰ كل واحدٍ منهما البينة أنه له، فمن أقام البينة منهما قضي له، وإن لم يقم البينة وهو في أيديهما، فهو بينهما نصفان علىٰ حاله؛ وذلك لأن يدهما ثابتة عليه من طريق المشاهدة، واليد من أسباب الاستحقاق، فإذا تساويا فيها كانت مقرةً في أيديهما نصفين.

فإن أقام أحدهما بينة أنها له استحق النصف الذي في يد خصمه، فيقضي له به، ويبقىٰ النصف الآخر في يده لا علىٰ طريق القضاء؛ لأن بينة صاحب اليد لا تقبل علىٰ الملك [المطلق]؛ ولهذا قالوا: لو أقام كل واحد منهما البينة أنها له، قضي لكل واحد منهما بما في يد الآخر، ويكون الشيء بينهما علىٰ طريق القضاء؛ لأن العين في أيديهما علىٰ ما بَيَّنَّا، ففي يد كل واحد منهما النصف، وقد أقام البينة علىٰ الجميع، فاجتمع في كل واحدٍ من النصفين بينة صاحبِ اليد والخارج، فبينة الخارج أولىٰ.

قال: وكذلك لو اختصما في عبد صغير لا يتكلم؛ لأنه إذا لم يعبّر عن نفسه ثبتت اليد عليه، فهو كالعروض.

وقد قالوا إنّ الصغير إذا كان في يد رجل يَدَّعِيْ أنه عبده، فكبر فادّعىٰ الحرية لم يقبل؛ لأنا حكمنا بثبوت اليد عليه، فلم يقبل قوله في إزالتها.

وقال محمد: لو لم يَدَّعِ صاحب اليد في حالِ الصغر أنه عبده حتىٰ كبر




فادعاه، وقال الغلام: أنا حرّ، فالقول قوله؛ لأنه لما لم تتقدم الدعوىٰ لم يحكم بالرقِّ، فصار بعد البلوغ في يد نفسه، فالمرجع إلىٰ قوله.

قال: ولو كان عبد كبير يتكلم، فقال: أنا عَبدُ أَحَدِهِما، لم يُصدَّقْ، وهو عبدهما.

وقال أبو حنيفة: إذا كان العبد في يد رجل فأقر العبد أنه عبد لرجل آخر، والذي هو في يديه يقول هو عبدي، فالقول قول الذي هو في يديه، ولا يصدّق العبد علىٰ ما قال [إذا أقرّ بالرق وهو في يد رجل]؛ وذلك لأن الكبير في يد نفسه؛ [لأنّه][(١)] يعبر عنها، فإن قال: إني حرّ، فالقول قوله، فأما إذا اعترف بالرق فقد أقر بأنّه لا يد له علىٰ نفسه، وأنه ممن تثبت عليه اليد، فصار هو في يد من هو في يده، فلم يلتفت إلىٰ قوله ((٢) في إزالة اليد، وصار كالصغير.

قال: وإذا تداعيا شيئًا من ذلك، عبدًا، أو دارًا، أو غيرهما، جاز إقراره له.

وكذلك لو أقر أن أحدهما أودعه ذلك الشيء، أو أعاره، أو آجره، أو غصبه منه، فهو مصدّق علىٰ ما قال، ويحكم به للمُقرِّ له.

وهذه المسألة علىٰ ثلاثة فصول: ذكر أبو الحسن فصلاً منها وهو إذا أَقَرَّ قبل سماع البينة.

والوجه فيه: أن الدار في الظاهر لصاحب اليد، فإذا أقر بما في يده ولم يُبطِل بالإقرار حقًا لغيره، فجاز إقراره به.

---

(١) في ل (لا).

(٢) من هنا سقطت في ل.

قال: والفصل الثاني: إذا أقرَّ صاحب اليد بعد سماع البينة قبل التزكية، لم يجز إقراره؛ لأنه يبطل البينتين، ألا ترىٰ أنه يقول إنّ المُقَرَّ له أقام البينة علىٰ ملك نفسه، فلا فائدة له في بينته، وأن الآخر أقام البينة علىٰ غير خصم، فلم يقبل قوله في إبطال البينتين، ولكنه يصدق في تحويل الخصومة إلىٰ المقر له، ويصير المقر له كالوكيل له في الخصومة، فيدفع العبد إلىٰ المقر له، ويصير هو الخصم، فإذا زكيت البينتان جميعًا قضي به بينهما نصفان، علىٰ مقتضىٰ البينتين قبل الإقرار؛ إذ المقر لا يملك تغيير موجب البينة.

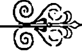
وهذا ظاهر علىٰ أصل أبي يوسف ومحمد: أن المُقِرَّ إذا كان بإقراره تقبل الخصومة، فكأنه وكل المقر له، وعندهما: أن توكيله يجوز بغير رضا خصمه.

وأمَّا علىٰ أصل أبي حنيفة: فلا يجوز التوكيل بغير رضاه، إلا أنه يقول: هاهنا خرج المقر من الخصومة، فلم يبق خصم المدعىٰ عليه.

والفصل الثالث: إذا أَقَرَّ بعدما زكيت الشهود، ولم يذكر محمد هذا الفصل في الدعوىٰ.

والجواب عنه: أن القاضي يقضي بالعبد بينهما، ولا تنتقل الخصومة؛ لأن البينتين إذا زكيتا في الدعوىٰ فلم يبق خصومة، وإنما بقي إنفاذ الحكم بها.

وقد ذكر محمد في الدعوىٰ هذه المسألة وقال: إذا أقر المدعىٰ عليه بعد سماع البينة، أن أحدهما أودعه إياه سَلمه إليه، صَدّقه المقر له أو لم يصدقه، ومعنىٰ ذلك أنه صدقه أنه أودعه أو لم يصدقه في الوديعة، ولكنه ادعىٰ الملك، فأما إذا كذبه ولم يدّع الملك فيبطل.

وقال معلىٰ عن أبي يوسف: لو أن شاهدين شهدا أن فلانًا مات وهذه الدار في يده، فإني أقضي بها للورثة.

وإن شهدوا أن فلانًا مات وهو ساكنها، أو قالوا: مات وهو فيها: لم أقض بها.

والأصل في ذلك: أنهم إذا شهدوا بيد الميت عند الموت كانت ميراثًا؛ لأن الموت جهة لنقل الملك، وكل شيء في يد الميت ينتقل إلىٰ ورثته، إلا أن يُستحق عليه، ولأن الأملاك لا طريق لنا إلىٰ إثباتها إلا بظاهر اليد والتصرف.

وإذا شهدوا باليد مع جهة الانتقال فكأنهم شهدوا بالملك؛ لأنهم شهدوا باليد مع جهة انتقال الملك، وإذا ثبت أن الشهادة باليد عند الموتِ شهادة بالملك، قلنا: إذا لم يذكروا ملك الميت ولا صريح اليد، ولكن ذكروا فعلاً من الميت، فكل فعل تثبت به اليد فإن الملك يثبت به، وكل فعلٍ لا تثبت به اليد [٣٨٨/أ] [لا][(١)] يثبت به الملك.

فإذا قالوا: مات في الدارِ)[(٢)] لم تستحقها الورثة؛ لأن كون الإنسان في داره وموته فيها ليس بتصرف فيها، بدلالة أن مَن دخل [دار إنسان بغير إذنه][(٣)] فجلسَ فيها، لم يصر غاصبًا عند مَن يضمن العقار بالغصب، فلم يشهدوا له بملك ولا يد ولا تصرف، فلا تستحقها الورثة.

فأما إذا شهدوا أنه مات وهو ساكن فيها، فقد ذكر في الجامع الكبير: أنه يقضىٰ بها للورثة، خلاف ما حكاه عن أبي يوسف هنا، والصحيح ما في الجامع؛

(١) السياق يدل علىٰ الزيادة.
(٢) إلىٰ هنا ساقطة في ل (قدر صفحتين).
(٣) في أ (دار غيره).




لأن [السكنىٰ تصرف][1] في الدار، والشهادة [بالتصرف] شهادة باليد.

وجه رواية معلىٰ: هو أن السُّكنىٰ في العادة تطلق علىٰ النزول في الدار التي لا يملكها، فلو عرف الشهود الملك [له] لذكروه، وذكروا صريح اليد.

وقال معلىٰ: سألت أبا يوسف عَن رجلين علىٰ دابة، أحدهما راكب في السرج والآخر رديفه، فادعيا جميعًا الدابة، قال: هي لراكب السرج، وإن كانا راكبين في السرج قضي بها بينهما، وكذلك قال هشام عن أبي يوسف في هذه المسألة؛ وذلك لأن تصرفَ الراكب في السرج أظهر، فصار [كلابس الثوب][2] وآخر متعلق به، ولأن في العادة أن مالك الدابة يركب في السرج ويردف معه غيره، فكان أولىٰ بها.

قال: وأما إذا ركبا[3] معًا في السرج فتصرفهما سواء، والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق.

قال معلىٰ: قال أبو يوسف في حمال عليه كارة[4] وهو في دار بزاز، فادّعىٰ البزاز الكارة وأنكر الحَمَّال، قال: إن كان من حمالي البزازين والكارة مما يحمل فيها، فالقول قول الحمال؛ لأن يد الحمال في المحمول أظهر، وهو ممن يحمل للبزازين في العادة، فالمرجع إلىٰ قوله.

وقد قالوا: في خياط يخيط ثوبًا في دار رجل، فنازعه صاحب الدار

---

(١) في أ (التصرف) والمثبت من ل.

(٢) في أ (كاللابس) والمثبت من ل.

(٣) في ل (إذا كانا راكبين).

(٤) «الكارة: ما يجمع ويُشد ويحمل علىٰ الظهر من طعام أو ثياب». المعجم الوجيز (الكارة).

والخياط، أن القول فيه قول صاحب الدار، فجعلوا يد صاحب الدار أظهر؛ لأن العادة أن الخياط يخيط في دار الإنسان ثيابه.

وأما الحمل فقد يحمل الإنسان إلىٰ دار إنسان متاع غيره، وهذا من نوع الاختلاف في متاع البيت، فالترجيح بأظهر اليدين.

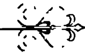
وقد ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد في الشهود: إذا شهدوا بأنا رأينا هذا يخرج من داره وعلىٰ عاتقه هذا المتاع، فادعاه كل واحد منهما، قال: إن كان الحامل يُعرف ببيع ذلك المتاع وحمله فهو له، وإن كان لا يعرف فهو لصاحب الدار، وهذا علىٰ ما بَيَّنَّا من الترجيح بالعلامة الظاهرة.

قال المُعَلَّىٰ عن أبي يوسف: في رجل اصطاد طائرًا في دار رجل، قال: إن اصطاده من الهواء فهو له، وإن كان علىٰ شجرة أو غير ذلك فهو لرب الدار، فإن اختلفا فالقول قول رب الدار.

والأصل في هذا: أنهما لو اتفقا علىٰ أنَّ الصيد علىٰ أصل الإباحة إلىٰ أن اصطاده، فهو للصائد في الوجهين؛ لأن الصيد يُملك بالأخذ ولا يملك بحصوله علىٰ حائطه وشجرته؛ لأنه علىٰ الامتناع، والمباح يملك بالأخذ، وإنما مسألة الكتاب موضوعة علىٰ أن الصائد يقول: هذا الصيد علىٰ أصل الإباحة، [فقد ملكت][1] بالأخذ، ويقول صاحب الدار: هذا الصيد اصطدته أنا قبلك، أو ابتعته، أو ورثته، فإن كان الصَّيَّاد أخذه من الهواء فهو له؛ لأن الهواء لا يد لصاحب الدار عليه، فقد اختلفا فيما لا يد له فيه، وإنما اليد للصائد فكان القول قوله.

---

(١) في أ (وقد ملكه) والمثبت من ل.

وإن أخذه من جداره أو شجرته فذلك الموضع يده ، ومن أخذ من يد إنسان شيئًا وزعم أنه مباح ، لم يقبل قوله .

فإن اختلفا في أخذه هل أخذه من الهواء أو من الجدار ، فالقول قول صاحب الدار ؛ لأن الظاهر أن ما في داره في يده ، فإذا زعم الصياد أنه أخذه من الهواء ، فقد نفىٰ يد صاحب الدار ، وهي موجودة في الظاهر ، فلا يقبل قوله .

وقال محمد في الجامع الكبير : إذا كانت الدار في يد رجل ، فادعىٰ رجل [آخر] أنها داره ورثها عن أبيه ، فجحد الذي في يديه الدار وأقام المدعي البينة أن أباه مات في الدار ، أو شهدوا أنها كانت لأبيه مات فيها ، ولم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثًا ، فالشهادة باطلة ، ولا يستحق بها شيئًا ، حتىٰ يشهدوا أن أباه مات والدار في يده ، أو يشهدوا أن أباه مات وهو ساكن فيها ، أو شهدوا أنه مات وتركها ميراثًا .

وقد بَيَّنَّا هذه المسألة ، وذكرنا أن قولهم : مات [فيها] ، ليس بشهادة باليد ولا بالتصرف ، وأما السكنىٰ فقد بَيَّنَّا اختلاف الرواية [فيها] .

فأما قولهم : كانت لأبيه مات فيها ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد : إنّ الشهادة إذا كانت لأبيه لا تقبل حتىٰ يشهدوا أنها كانت له عند موته ، أو يشهدوا أنها كانت في يده إلىٰ أن مات .

وقال أبو يوسف : تقبل هذه الشهادة ، ويقضىٰ بها .

وجه قولهما : أنهم شهدوا بملك كان وقد تيقّنّا بزواله ، فكأن الشهود قالوا : كانت لأبيه وليست له اليوم ؛ ولأنهم شهدوا بملك تيقنا بزواله ولا يُعلم إلىٰ من

زال، فلا يجوز الحكم باستصحابه مع وجود ما ينافيه.

لأبي يوسف: أنهم شهدوا بملك [متقدم] للأب، فالظاهر بقاؤه إلىٰ حين موته، فكأنهم قالوا: كان الملك له إلىٰ أن مات، فإذا ثبت من أصلهما أن الشهادة بملك كان للميت لا تقبل، فقولهم: كانت لأبيه مات فيها، ليس بشهادة باليد عند الموت، (ولا بالملك، فلا تقبل.

ولو شهدوا أنه مات)[1] وهو لابس هذا القميص، أو لابس هذا الخاتم، والذي في يده القميص والخاتم يجحد ذلك، قضيت به للوارث.

فهذا علىٰ ما قدّمنا: أنهم إذا شهدوا بالتصرف عند الموت فهو كالشهادة باليد وَلُبس القميص والخاتم تصرف تثبت به اليد؛ بدلالة أن من لبس قميص غيره بغير إذنه أو خاتمه صار غاصبًا، فإذا شهدوا باليد قضي به للوارث.

[قال]: ولو شهدوا أنه مات وهو قاعد علىٰ هذا الفراش، أو علىٰ هذا البساط، (أو قالوا: وهو نائم عليه)[2]، لم يستحق الوارث بهذا شيئًا؛ وذلك لأن الجلوس والنوم عليهما[3] ـ وهما للغير ـ لا يصير به هذا غاصبًا، والنوم عليه ليس بتصرف، وإذا لم يكن ذلك تصرفًا في البساط لم تثبت به اليد، فلا تقبل الشهادة.

قال: ولو شهدوا أنه مات وهو راكب هذه الدابة، قضيت بها للوارث؛ لأن

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) وفي ل العبارة: (علىٰ البساط ليس بتصرف منه؛ بدلالة أن من جلس علىٰ بساط غيره أو نام، لم يصر غاصبًا).

الركوب تصرف ويد، بدلالة أن مَن ركب دابة غيره بغير إذنه صار به غاصبًا.

وكذلك لو شهدوا أنه مات وهو حامل لهذا الثوب، أو لهذا المتاع، قضيتُ به للوارثِ [٣٨٨/ب]؛ لأن الحمل [به] تصرف ويد؛ بدلالة أن مَن حمل ملك غيره بغير أمره صار غاصبًا.

قال: ولو شهدوا أنه مات وهذا الثوب على رأسه موضوع، ولم يشهدوا أنه كان حاملاً [له]، لم أقض به للوارث[١]؛ لأنه قد يُوضع على [رأسه] بغير فعله، فلا يكون متصرفًا فيه، ولا تثبت له عليه يدٌ؛ ولهذا لا يضمنه إذا كان لغيره، وإذا لم تعد ذلك اليد لم تقبل هذه الشهادة.

قال: ولو كان رجل جالسًا على بساط وآخر متعلقًا به، وكلاهما يَدَّعِيْه، لم يكن بينهما نصفين، وإنما يصير بينهما [نصفين] بدعواهما، أنه لهما ليس لغيرهما، أرأيت[٢] دارًا فيها رجلان قاعدان، كل واحد منهما يدعي أنها له [فإنها] في يده، أكان للقاضي أن يقضي بأنها لهما، أو بأنها في أيديهما بقعودهما فيها، أو بقيامهما؟ فليس ينبغي للقاضي أن يقضي لهما بذلك، [ولكن] إذا علم القاضي أن أحدهما ساكن قضى بأنها في يده، أَوَلا ترى أن السكنى تخالف للقعود في الدار والنوم فيها ونحوه.

والوجه في ذلك: ما بَيَّنَّا أن القعود على البساط ليس بيد، ولكن القاضي لا يجد [اليد أقرب] منهما، فيقضي به لهما.

ويجوز أن يكون معنى قوله في الكتاب: يترك القاضي ذلك في أيديهما، لا

(١) في ل (لم يستحق وارثه بهذا شيئًا؛ وذلك لأن الثوب).
(٢) في ل (لو أثبت).




على طريق القضاء؛ لأنه لا منازع لهما فيه.

وعلى هذا: القاعدان في الدار؛ لأن القعود في الدار ليست بيد، وإنما اليد السكنى، فإما أن يقول أنه يقضي بالدار بينهما؛ لأنه ليس أقرب منهما، أو نقول: معناه أنه يتركها على طريق القضاء؛ لأنه لم يثبت لهما يد ولا ملك فيها.

وقال هشام في نوادره: حدثنا أبو يوسف [عن أبي حنيفة] قال: إذا قامت البينة على دار أو عبدٍ أو دابةٍ أو غير ذلك بأن الميت أعارها للذي في يده، أو أودعه إياها، أو وَكَّله بها، أن هذا كله جائز بعد أن يقيم على [عدد] الورثة البينة، فيقضي بذلك بينهم؛ لأن يد المودع يد لمودعه، وكذلك يد المستعير يَد للمعير، ويد الوكيل يد لموكِّله، فإذا شهدوا بيد في الحال أوجبها الميت، فقد شهدوا أنها كانت في يد الميت إلى أن مات.

وذكر بعد هذا خلاف أبي يوسف في الشهادة، بأن الشيء كان ملكًا للميت، وقول ابن أبي ليلى مثل قول أبي يوسف، وقد بَيَّنَّا ذلك.

وقال محمد في كتاب الدعوى: إذا كانت الدار والأرض في يد رجل فأقام آخر البينة أنها دار أبيه، ولم يقولوا: مات؛ وتركها ميراثًا فإنه لا يُقضى بشهادتهم، وكذلك لو قالوا كانت هذه الأرض لأبيه؛ وذلك لأن الشهادة بها لأبيه[1] بعد موت الأب كذب، وقولهم كانت لأبيه شهادة بملك زال لا تُعرفُ كيفيته على ما ذكرنا[2].



(١) في ل بدل (لأبيه) (لا تثبت).
(٢) انظر: الأصل ٧/٥٨٤، ٥٨٥.

بَابُ
دعوى النتاجِ

قال أبو الحسن رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا ادّعىٰ الرجل دابةً في يد رجل، أو شيئًا من الحيوان كائنًا ما كان من بني آدم أو غيرهم، فادّعاه رجل ليس في يده أنه وُلِدَ في ملكه، وأقام البينة علىٰ ذلك، وأقام الذي هو في يده البينة أنه [له]، وُلِدَ في ملكه، فإن البينة بينة الذي في ملكه ويده.

وقال ابن أبي ليلىٰ: الخارج أولىٰ(١).

لنا: ما روىٰ جابر بن عبد الله (أن رجلاً ادّعىٰ ناقةً في يد رجل، فأقام البينة أنها ناقته نتجها، وأقام الذي في يده أنها ناقته نتجها، فقضىٰ بها رسول الله ﷺ للذي هي في يديه)(٢)؛ ولأن بينة صاحب اليد دلت علىٰ معنىٰ لا يقتضيه ظاهر اليد، فصارت كبينة الخارج، فتساوت البينتان، ومع صاحب اليد ترجيح باليد، [فكانت](٣) أولىٰ.

وأما إذا أقام أحدهما البينة علىٰ النتاج والآخر علىٰ الملك، فصاحب النتاج أولىٰ، أيهما كان؛ لأنه أقام البينة أنه أول المالِكَيْن، وأن الشيء في المدة لا يستحق إلا من جهته، والآخر أقام البينة علىٰ (استحقاقه لا من جهته)(٤)، فلا

---

(١) انظر: الأصل، ٨/٥.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ١٠/٢٥٦؛ والشافعي في مسنده، ١/٣٣٠.

(٣) في أ (فهو) والمثبت من ل.

(٤) في ل (علىٰ أن الاستحقاق من غير جهته).

تقبل بينته، فظاهر المذهب يقتضي أن صاحب اليد يقضىٰ له.

قال عيسىٰ بن أبان: تتهاتر البينتان، ويترك الشيء في يده لا علىٰ طريق القضاء.

وهذا الذي قال يخالف المذهب؛ لأنهم قالوا في رجلين في يد أحدهما مسلوخة، وفي يد الآخر سواقطها، أقام كل واحد منهما بينة علىٰ النتاج، قضي بها لصاحب اليد، وقضي علىٰ الآخر بتسليم السقط إليه، ولو كان علىٰ طريق التهاتر لتُرك علىٰ ما كان في يد كل واحد منهما ما في يده.

وقالوا في الخارجين: إذا أقام كل واحد منهما بينة علىٰ النتاج، كانت الدابة بينهما، ولو تهاترت البينتان لترك في يد الثالث.

وأما الدليل علىٰ ذلك: فلأن جابرًا روىٰ عن النبي ﷺ (**أنه قضىٰ بها لصاحب اليد**)[1]، ولأن النتاج يدل علىٰ تقدم الملك كالتاريخ؛ لأن كل واحد منهما أثبت الملك بالنتاج بسبب واحد، فصار كأن الرجلين أثبتا الشراء من واحد، وأحدهما قابض، فالقابض أولىٰ.

وجه قول عيسىٰ: أن القاضي قد عرف كذب أحد الفريقين، وليس أحدهما بأولىٰ من الآخر، فلا تقبل واحدة من البينتين.

[كما] لو شهد شاهدان أن فلانًا قُتِل يوم النحر بمكة، (وشهد شاهدان أنه قتل يوم النحر)[2] بالكوفة، لم تقبل واحدة منهما.

---

(١) أورده علي القاري في مرقاة المفاتيح، ٣٠٩/٧.

(٢) ساقطة من ل.

والجواب: أن الشهود لا يشهدون بالنتاجِ بمشاهدة الولادة، وإنما يرون الفصيل يتبع الناقة، فيشهدون أنه فصيلها، ولا نحكم بكذب أحد الفريقين، كما لا نحكم بكذب أحدهما[1] إذا شهدوا بملك مطلق.

[قال]: فإن وقّت كل بينة بما شهدت به من النتاج وقتاً مخالفًا للوقت الآخر، وكان سِنُّ الدابة [يوافق][2] أحد الوقتين، كان لصاحب الوقت الذي سنّن الدابة عليه، (وإن كان الوقتان سواء، وكانا مشكلين، فهي بينهما، وهذا على فصول)[3]:

أحدها: أن يوافق السِّنّ أحد الوقتين، فيقضى له بها، أيهما كان؛ لأن الحال تشهد بصدق شهوده، فكان أولى.

وأما إذا أشكل ذلك، فلم [يعمل][4] بشهادة السِّن لأحد الوقتين، فسقط التوقيت؛ لأنه لا دلالة فيه، فكأنهما أقاما البينة على النتاج من غير تاريخ.

وإن كانا خارجين فالدابة بينهما، وإن كانت في يد أحدهما، فهي لصاحب اليد.

وأما إذا خالف سن الدابة الوقتين جميعًا، فلم يذكر أبو الحسن هذا الفصل، وقد ذكره في الأصل، فقال: فإن كان على غير الوقتين، أو كانت مشكلة، قضيت بها بينهما نصفين.

---

(١) في ل (أحد الفريقين).
(٢) في أ (على) والمثبت من ل.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل.
(٤) في أ (يعلم) والمثبت من ل.




قال الحاكم: وفي رواية الأصل: إذا كان سن الدابة علىٰ غير الوقتين، فالبينتان باطلتان، وهو الصحيح [٣٨٩/أ]؛ لأن [السنّ][(١)] معين معلوم، وقد كذّبت البينتان جميعًا، فسقطتا، وبقي الشيء في يد صاحب اليد، وهذا كمن اعترفَ بنسب غلام أنه ابنه، ومثله لا يولد لمثله.

ووجه رواية الأصل: أنّ [النظر في السِّنِّ][(٢)] إنما يكون لحقهما، فإذا خالفَ البينتين لم يكن فيه فائدة لواحدةٍ منهما، فسقط اعتباره، فكأنهما لم يذكرا التاريخ.

ومن أصحابنا من جمع بين الروايتين، وقال: يجب أن ينقص من السؤال حتىٰ يصيرَ كأنهُ قال: فإن كانت علىٰ غير الوقتين، وكانت مشكلة، جعل بينهما نصفين، حتىٰ تتفق الروايتان، ويصح الجواب.

قال: وكذلك صوف أو مِرْعِزِّيّ أو شعر، إذا أقام كل واحد البينة أنه جزّه في ملكه، فهو لصاحب اليد إذا كانت الخصومة بين الذي في يده والخارج.

وإن كانا خارجين فعلىٰ ما فسرت من النتاج في الوجهين جميعًا.

وكذلك غزل قطن في يد رجل أقام بينة أنه غزله في ملكه، أو أقامَ الخارج أنه غزله في ملكه أو ادعاه خارجان، والذي في يده يجحده؛ وذلك لأن هذا سبب في الملك لا يتكرر [فهو] كالنتاج.



(١) في أ (الشيء) والمثبت من ل.
(٢) في أ (البينة والسنة) والمثبت من ل.

٢٧٤٠ـ نوع آخر [ثوب في يد رجل وادَّعَىٰ الخارج أنه له بالبينة]

وإذا كان ثوب خز في يدي رجل أو مِرْعِزِّيّ أو شعر، فادَّعاه رجل ليسَ في يدِهِ وأقام بينةً أنهُ [له، نَسَجَه في ملكه، وأقام الذي في يده الثوب البينة أنه له نَسَجَه في ملكه، أو كان سيف في يد رجل فأقام خارج أنه له] طبعه في ملكه، وأقام الذي في يده بينة أنه له طبعه في ملكه، فإنه ينظر إليه أهل الصناعة، فإن كان مما ينسج مثله مرتين فهو للخارج، وإن كان مما ينسج مرة فهو لصاحب اليد.

وإن كان مُشْكِلاً لا يستبين، أمرَّةً نسج أو مرتين، قضيت به للمدعي، وهذا قول محمد ـ (وقال في نسخة أخرىٰ، وهو قول أبي حنيفة مكان قوله، وهذا قول محمد)(١) ـ، والأصل في هذا: أنهما إذا أضافا ملكهما إلىٰ سبب(٢) لا يتكرر، فصاحب اليد أولىٰ، قياسًا علىٰ الولادة.

وإن كان السببُ يتكرر قضيَ به للخارج، وكان كالملك المطلق، فإن أُشكِل ذلك، سأل عنه أهل العلم بذلك؛ لما روىٰ عبادة بن الصامت (أن النبي ﷺ قال: «**لا تنازعوا الأمر أهله**»(٣)؛ ولأن أهل الصناعة أعرف بذلك [الأمر] من غيرهم، فإن أشكل ذلك علىٰ أهل الصناعة قضي به للخارج، ولأن الأصل: أن النبي ﷺ جعل البينة بينة المدعي(٤).

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في ل زيادة (في الملك).

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط، ٥/١٣؛ وقال الهيثمي: «وفيه علي بن زيد، وهو ضعيف، وقد وثق»، وقال: «والصحيح طرف منه». مجمع الزوائد، ٦/٤٩.

(٤) الحديث بلفظ (البيّنة علىٰ المدَّعي) أخرجه الترمذي (١٣٤١) وقال: «هذا حديث في إسناده مقال»؛ وأخرجه البيهقي في الكبرىٰ، ٨/٢٧٩؛ والدارقطني، ٤/١٥٧.

وإنما عدلنا عن هذا الأصل الظاهر لخبر النتاج، فما لم يُعلم أن فيه معناه[١]، فهو محمول على ذلك الأصل الظاهر.

وإذا ثبت هذا فثيابُ الخزّ والشَّعر قد تنسج مرةً بعد أخرى، وثياب القطن لا تنسج إلا مرةً واحدة، والسيف منه ما يطبع مرةً بعد مرة، ومنه ما لا يطبع إلا مرةً[٢].

قال: وإذا كان حُلِيٌّ مصوغ في يد امرأة، أقامت بينةً أنه لها صاغته في ملكها، وأقامت أخرى بينة ليس في يدها أنها صاغته في ملكها، حكم به للخارجة؛ لأن الحلي يُصاغ مرة بعد مرة، فهو كالملك المطلق [الذي] يتكرر مرة بعد مرة.

٢٧٤١ - نوع آخر [مما يُستحق بالفعل ولا يُستحق بالملك]

قال: وإذا كانت الأرض والنخل في يد رجل، فأقام آخر البيّنة أنه نخله وأرضه، وأنه غرسَ هذا النخل فيها، وأقام الذي في يديه البينة على مثل ذلك، فإنه يقضى بها للمدّعي الخارج؛ وذلك لأن غرسَ النخل ليس بسبب لملك الأرض، [فلم يتكرر بسبب][٣] الملك، ولأن غرس النخل يتكرر؛ لأنه [قد] يغرس ويقلع ثم يغرس، وما يتكرر من أسباب الملك فإنه يستحقه الخارج.

قال: وإذا كانت حنطة في يد رجل فأقام آخر البينة أنها حنطته، زرعها في أرضه، وأقام الذي هي في يديه البينة على مثل ذلك، فإنه يُقْضَى[٤] بها للمدعي؛ وذلك لأن الحنطة قد تزرع ثم تؤخذ من الأرض مع التراب وتزرع ثانيًا، فهو سبب يتكرر.

---

(١) في ل (معزل).

(٢) انظر: الأصل ٨/٥، ٦، ١١.

(٣) في أ (ولم يذكروا سبب) والمثبت من ل.

(٤) في ل (يعطى).

قال: وكذلك القطن والكتان وسائر الحبوب التي تزرع غير مرّة؛ لأن السبب متىٰ تكرر فيها لم يستحقها من خرجت من أرضه؛ لجواز أن يزرعها ثم يزرعها الغير.

٢٧٤٢ ـ نوع آخر [قطن نابت في أرض رجل وادعاء الآخر أن الأرض له]

ولو كان قطنًا نابتًا في أرضٍ في يد رجل، فأقام رجل البيّنة أنها أرضه، وأنه زرَعَ هذا القطن فيها، (وأقام الذي في يديه البينة أنها أرضه وزرع هذا القطن فيها)[١]، فإنه يقضي بالأرض والقطن للمدعي علىٰ الذي في يده.

وكذلك دار في يد رجل، فأقام البينة أنها داره وأنه بنىٰ هذا البناء، وأقام رجل البينة بمثل ذلك، فإنه يقضي بالدار والبناء للمدعي علىٰ الذي هي في يد غيره؛ وذلك لأنهما اختلفا في الأرض وتعارضت بَيِّنَتاهما علىٰ الملك المطلق، فكان الخارج أولىٰ؛ ولأن البناء والزرع لا يملك به الأرض، فلم تقم البينة علىٰ سبب الملك، وإن كان [سببًا للملك وكانت][٢] مما يتكرر.

٢٧٤٣ ـ نوع آخر [دَعْوَىٰ رجل بأَمَةٍ في يَدِ رَجُلٍ آخر]

قال: ولو أن أمة في يد رجل ادعاها رجل [آخر] أنها أمته، وُلِدَتْ في ملكه من أمته هذه التي هي في يده، وأقام الذي هي في يديه أنها أمته، ولدت عنده في ملكه من أمته هذه، فإنه يقضىٰ بها للذي[٣] هي في يده؛ [وذلك] لأن الولادة سببٌ في الملك؛ لأن الولد يُملك بملك الأصل، وهو مما لا يتكرر، فكان صاحبُ اليد أولىٰ.

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في أ (سبب الملك) والمثبت من ل.

(٣) في ل (للمدعي التي).

ولو أقام المدعي البيّنة على أنها التي هي عند المُدَّعَىٰ عليه أنها أمته، وأنها وُلِدَتْ هذه في مِلْكِهِ، وأقام الذي هي في يديه البينة على مثل ذلك، قضيت بها وبأمها للمدعي؛ وذلك لأنهما اختلفا في الأم وأقامَ كل واحد منهما البينة على ملك مطلق فيها، كان الخارج أولى، وإذا قضي له بالأم قضي له بالولد(١)؛ لأنه يُملك بملك الأصل.

قال: وإذا كان صوف في يد رجل، وأقام [رجل] البينة أنه صوفه جَزَّه من شاته هذه وهي [في] ملكه، (وأقام الذي هو في يده أنه صوفه، وأنَّه جَزَّه مِن شاته هذه)(٢) لشاة أخرى(٣)، وإنما تنازعا في الصوف، والجَزُّ سبب [في] الملك، وهو مما لا يتكرر كالولادة.

[قال]: ولو أقام المدّعي البينة على الشاة التي عند المدعى عليه، أنها شاته، وأنه جزّ هذا الصوف منها في ملكه، وأقام الذي في يديه البينة على مثل ذلك، فأقضي بها للمدعي؛ لأنهما تنازعا في الشاة، وأقامَ كل واحد منهما البينة [فيه] على مِلْكٍ مُطلق، فكان الخارج أولى، [٣٨٩/ب]، وإذا استحق الشاة استحق السقط والصوف؛ لأنه يُستحق(٤) بملك الأصل.

قال: وإذا كان عَبدٌ في يد رجل، فادّعى رجل أنه عبده، وأنه [وُلِدَ] في ملكه من أمته هذه ومن عبده هذا، وأقام على ذلك البينة، وادّعى الذي هو في

---

(١) في ل (بالبينة لأنها).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) لعل في العبارة وقع نقص، وهو: «أنه يقضي بذلك لذي اليد؛ لأنه في معنى النتاج من كل وجه، فيلحق به بدلالة النص» كما في مجمع الأنهر، ٣/٣٦٠.

(٤) في ل (يملك).




يده أنه عبده، وُلِدَ في ملكه من أمته [هذه] وعبد هذا، فإنه يقضىٰ به للذي هو في يديه، ويكون ابن عبده وابن أمته، ولا يكون ابن عبده الآخر ولا أمته، ولا يقضىٰ له به؛ لأنهما لم يتنازعا في [الأم و]الأب، وإنما تنازعا في الولد، وقد تعارضت البينتان في الولادة، فكان صاحبُ اليد أولىٰ.

وإذا كان عبد في يدي رجل، فادعىٰ رجل أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه ولد في ملك فلان الذي ابتاعه منه، وأقام الذي في يده العبدُ البينة أنه عبده اشتراه من فلان رجل آخر، وأنه وُلِدَ في ملكه، فإنه يقضىٰ به للذي هو في يده.

وكذلك لو ادّعىٰ عبدًا ميراثًا، وأنه وُلِدَ في ملك أبيه، أو ادعاه هبةً أو صدقةً مقبوضة من رجل، أو وصيةً وأنه ولد في مِلك الواهب.

وكذلك إذا ادعىٰ عبدًا ميراثًا، وأنه ولد في ملك الواهب أو الموصي أو المتصدق، فإنه يقضي به للذي هو في يديه؛ ذلك لأنه لما أقام البينة علىٰ الولادة في ملك من استفاد الملك من جهته، فكأنه أقام البينة علىٰ الولادة في ملكه، والشيء في يده، فيكون أولىٰ.

قال: ولو كان عبد في يد رجل فأقام البينةَ أنهُ عبده، وأقام رجل [آخر] البينة أنه عبده، وُلِد [في ملكه، ولم يسموا أمه، وأقام رجل آخر البيّنة أنه عبده وُلِد] عنده من أمته هذه، فإنه يقضي به للذي أمه في يده؛ وذلك لأنه أقام البينة علىٰ الملك [والنسب]، وأقام الآخر البينة علىٰ الملك دون [النسب]، فكانت البينة التي تثبت الأمرين أولىٰ؛ ولأن أحدهما لما استحق الأم بلا منازعة فسلم له ولدها، ولو كانت الأمة في يد المدّعىٰ عليه، ولها ولد في يديه، فأقام البينة بأن الابن له، وُلِدَ من أمته هذه، وأن الأمة له، وأقام خارج البينة أنه عبده، ولدته

هذه الأمة في ملكه، وأن الأمة له، فإنه يقضي بالأمة وولدها للخارج؛ لأنه لم يقم واحد منهما بينة على نتاج الأمة؛ وذلك لأن المنازعة وقعت في الأم، وقد تعارضت البينتان فيها في ملك مطلق، فكان الخارج أولى، فإذا استحقها استحق ولدها.

قال: ولو كانت شاتان في يد رجل سوداء وبيضاء، فأقام خارجٌ البينةَ: أن البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه، وأنهما جميعًا ملكه، وأقام الذي في يديه [الشاتان] البينةَ: أن السوداء شاته ولدتها البيضاء عنده في ملكه، وأن الشاتين جميعًا له، فإنه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت [به] شهوده أنها ولدت في ملكه؛ وذلك لأن الخارج أقام البينة على النتاج في البيضاء، وأقام صاحبُ اليد البينةَ على ملكها، فالخارج أولى، وأقام صاحب اليد البينة على النتاج في السوداء، وأقام الخارج البينة على الملك فيها، فصاحب اليد أولى.

وهذه المسألة ذكرها في الدعوى على هذا الوجه، ويجب أن تكون المسألة موضوعة على أنّ سنّ الشاتين مُشْكل؛ لجواز أن تلد كل واحدة منهما الأخرى.

فأما إذا علم أن أحدهما يصلحُ أن تكون أمًّا والأخرى لا تصلح، فإنه يقضي بالبينة التي شهد لها السنّ، ويبطل البينة الأخرى.

وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي: أنه لا يُقْضى لواحد من البينتين؛ لأنا علمنا كذب أحدهما لا محالة؛ لاستحالة أن تلد كل واحدة منهما الأخرى، وإذا تيقَّنَّا [بكذب أحدهما][1] ولا يُدرى بعينها بطلتا جميعًا[2].

(١) في أ (بكذبهما) والمثبت من ل.
(٢) انظر: الأصل ١٣/٨، ١٩.




ومما يلحق بهذا الباب [من مسائل الأصل]

٢٧٤٤ - [إقامة كل من المُدَّعِيَين بأن الجُبْنَ من صنعه]

إذا اختلفا في جُبن، فأقام صاحب اليد [البيّنة]، أو أقام الخارج البينة، فالمسألة على خمسة فصول:

إن أقام كل واحدٍ منهما البينة أن الجُبن له صنعه في ملكه، فصاحب اليد أولى؛ لأن عمل الجُبن سببٌ في الملك لا يتكرر كالنتاج.

فإن أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن الذي صنع هذا الجبن منه في ملكه، فإنه يقضي به للمدعي؛ لأن المنازعة وقعت في اللبن، وقد أقام كل واحد منهما البينة فيه على ملكٍ معلقٍ، فالخارج أولى.

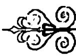
وإن أقام كل واحد منهما بينة أن ذلك اللبن حلب في يده، فإنه يقضي به لمن هو في يديه؛ لأن الحلب لا يتكرر[(١)].

فإن أقام كل واحدٍ منهما [البيّنة] أن الجبن له صنع في ملكه من لبن حلب في ملكه من شاته، وأن الشاة له، فإنه يقضي للخارج؛ لأن الاختلاف وقع في الشاة، وقد أقام البينة فيها على ملكٍ مطلقٍ، فهو أولى.

وإن أقام كل واحد منهما البينة أن تلك الشاة نتجت عنده، قضى بالجميع لصاحب اليد؛ لأن الولادة معنىً لا يتكرر.

وقال في الأصل في المتنازعين في الشاة: إذا أقام كل واحد منهما بينة على

(١) انظر: الأصل ٨/١٨، ١٩.

النتاج، فقضىٰ القاضي بها لصاحب اليد، ثم ادّعاها آخر وأقام البينة أنها ولدت عنده، فإن القاضي يقضي بها له؛ إلا أن يعيد صاحب اليد البينة علىٰ النتاج فيكون أولىٰ.

وذلك لأن بينة صاحب اليد لم تسمع علىٰ هذا المدعي، وإنما سمعت علىٰ الأولىٰ، فلا يعتد بها في حق هذا الذي لم تسمع عليه.

وإذا شهد الشهود: أن هذه الحنطة من زرع حصد من أرض فلان، فأراد رب الأرض أن يأخذ الحنطة، ذكر في أكثر النسخ: أنه ليس له أن يأخذها، وفي بعضها قال: له أخذها.

وجه الرواية التي قال لا يأخذه: أن الحنطة تتبع البذر وليس تتبع الأرض؛ بدلالة أن الغاصب إذا بذر الأرض كان الخارج منها له، فلم يكن في إضافتها إلىٰ زرع أرضه دلالة علىٰ الاستحقاق.

ووجه الرواية الأخرىٰ: فمن أصحابنا من قال: هو القياس، أن الحنطة إذا [كانت] زرعت في أرضه ولا يعرف زارعها أنها لصاحب الأرض، وقد ثبت هاهنا أنها في أرضه، [فكانت][1] له ما لم يعلم غير ذلك.

ولو شهدوا أن هذه الحنطة من زرع هذا، أو هذا التمر من نخل هذا، فإنه يقضي له بها؛ لأنهم أضافوه إلىٰ ملكه في الحال، وجعلوه جزءاً من أجزاء ملكه، فكان أولىٰ به.

قال: ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان في أرضه، فإنه لا يقضي له به؛

(١) في أ (فكأنه) والمثبت من ل.

لأن الشهادة بأنها كانت في أرضه شهادة بيد كانت ، فلا تقضىٰ بها في المشهور من قولهم.

[قال]: ولو شهدوا [أن هذا جلد](١) شاته أو صوف شاته لم يقض له به ؛ لأنهم لم يضيفوه إلىٰ ملكه ، ولكن أضافوه إلىٰ شاتِه ، وقد تكون [٣٩٠/أ] الشاة [له] وصوفها وجلدها للغير بالوصية(٢) ، ونحوه.



(١) في أ (أنه جبن) والمثبت من ل.

(٢) في ل (لغيره أوصىٰ به له).

بَابُ
الرجلين يدعي أحدهما الدار أكثر مما يدعي الآخر



قال أبو الحسن ﵀: وإذا ادعىٰ رجلان دارًا في يد غيرهما، وادّعىٰ أحدهما كل الدار، وادعىٰ الآخر نصفها، فأقام كل واحدٍ منهما البينة علىٰ دعواه، فإنهُ يُقضىٰ في قول أبي حنيفة لصاحب الجميع بثلاث أرباع الدار، ولصاحب النصف بربع الدار.

وقال أبو يوسف ومحمد: ثلثا الدار لمدعي الكل، وثلث الدار لمدعي النصف... إلىٰ آخر الفصل[1].

قال الشيخ أيّده الله: هذا الباب مبني علىٰ أصول:

منها: أن عند أبي حنيفة أن من يدلي بسبب صحيح يضرب بجميع دعواه، ومن لا يدلي بسبب صحيح يضرب بقدر [نصيبه][2] بالمزاحمة، فالأول كأصحاب العَوْل، والمُوْصَىٰ له بالثلث، والمُوْصَىٰ له بالسدس، وغرماء الميت إذا ضاقت التركة علىٰ ديونهم.

والثاني: مثل مسألتنا، ومثل المُوْصَىٰ له بما زاد علىٰ الثلث.

وقال أبو يوسف ومحمد: في جميع المسائل يضرب كل واحد بالجميع، وسوّيا بينه وبين العول.

---

(١) انظر: الأصل، ٨/٢٩، ٣١.

(٢) في أ (ما تخصه) والمثبت من ل.

والفرق لأبي حنيفة بين السبب الصحيح وغيره: أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنىٰ آخر [ينضم] إليه، فهو سَبَبٌ صحيحٌ، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنىٰ ينضم إليه، فليس بسبب صحيح.

وجه قول أبي حنيفة: أن السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه أضعفُ مما يتعلق به الاستحقاق [ببيّنة](١)، ألا ترىٰ أن عقد الهبة والوصية لما لم يتعلق [به] الاستحقاق بعقدهما حتىٰ ينضم إليهما معنىٰ آخر (من قبض وموت)(٢)، صارا أضعف من البيع الذي يتعلق بعقده الاستحقاق.

فلو سوّينا بين السببين في جواز أن يضرب كل واحد(٣) منهما بالجميع لسويّنا بين السبب الضعيف والسبب القوي.

وهذا لا يصحّ؛ ولأن المدّعي للنصف في مسألتنا لا دعوىٰ له في النصف الآخر، فلم يجز أن يزاحمه فيه كدارين مختلفين ادعىٰ أحدهما واحدة منهما وبعض [الأخرىٰ]، وادّعىٰ الآخر الأخرىٰ أو بعضها، لم يجز أن يتضاربا في الدار التي انفرد بدعواها أحدهما، كذا هذا.

وجه قولهما: أن كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما في يديه، فإذا تزاحما ضربا بما يدعيانه(٤) كأصحاب العولِ.

ومن أصول هذا النوع: أن المُتَدَاعِيَيْنِ إذا كانت يدهما فيما يَدَّعِيَانِهِ ثابتة،

---

(١) في أ (بنفسه) والمثبت من ل.

(٢) ساقطة من ل.

(٣) في ل (فلو سوينا بين الشيئين في المضاربة بجميع كل واحد منهما).

(٤) في ل (ضرب بما يدعيه أصله أصحاب العول).

انصرفت الزيادة إلىٰ ما في يد الآخر ؛ وذلك لأننا لو لم نحمل دعواه علىٰ ما في يده صار ممسكًا لها في يده بغير حقٍ ، والواجبُ أن يحمل أمور المسلمين علىٰ الصحة .

وأصلٌ آخر: وهو أن بيّنة صاحب اليد والخارج إذا تعارضتا في الملك المطلق ، فالخارج أولىٰ ، وقد بَيَّنَّا [هذه المسألة] .

وأصل آخر: وهو أن التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في [نفس] المستحق ، وإذا ثبتت هذه المسألة قلنا في مسألة الكتاب ، أن المتداعيين كل واحد منهما لا يدلي بسبب صحيح ، ألا ترىٰ أن الدعوىٰ لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنىٰ آخر(١) إليها: إما بإقرار ، أو بَيِّنَةٍ ، أو حُكْمِ حَاكِمٍ ، فانقسمت الدار عند المنازعة علىٰ الدعاوي ، فيقول مدعي النصف: لا دعوىٰ لي في النصف الآخر ، فانفرد به مدعي الجميع ، وبقي النصف الآخر ، فكل واحد [منهما] يدعيه وأقاما البينة ، والمساواة في سبب الاستحقاق توجب التساوي في نفس المستحق ، فكان هذا النصف بينهما ؛ فلذلك جعل لمدّعي الكل ثلاثة أرباع [الدار] ، ولمدعي النصف الربع .

وأما علىٰ قولهما: فكل واحد يضرب بجميع دعواه ؛ لأن عندهما الأسبابُ كلها سواء ، فاحتجنا إلىٰ عدد له نصف صحيح ، وأقل ذلك اثنان ، فيضرب المدعي لجميع ذلك بالجميع ، ومدعي النصف بسهم واحد ، فتكون بينهما أثلاثًا .

قال: ولو كانت الدار في أيديهما والمسألة بحالها ، قضي لصاحب الجميع بالنصف الذي في يد صاحبه ، وترك النصف الذي في يده بحاله ؛ وذلك لأن

(١) في ل (الضم) .

الدار في أيديهما ، واليد من أسباب الملك والاستحقاق ، فإذا تساويا فيها تساويا في الدار ، فصار في يد كل واحد منهما النصف على ما قدمنا ، فمدّعي النصف تنصرف دعواه إلى ما في يده دون ما في يد صاحبه على ما قدمنا ، وقد أقام الخارج على ذلك بَيِّنَةً ، وأقام عليه صاحبُ اليد بينة فكان الخارج أولى ، والنصف الذي في يد المدعي للجميع لا منازع له فيه ، فيترك في يده على طريق القضاء[1] .



(١) انظر: الأصل ٨/٧، ٩، ٢٩، ٣١.

بَابُ
الدعوى في الحائط



قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا كان الحائط مَا بين دارين، فادّعَىٰ كل واحد من صاحبي الدارين الحائط أنه له دون صاحبهِ، فإنه ينظر في ذلك: فإن كان عليه جُذُوْع لأحدهما فهو لصاحب الجذوع[1].

والأصل في هذا الباب: أن يدَ كل واحد من صاحبي الدار علىٰ الحائط من طريق الحكم [ثابت]؛ بدليل أنه مستظل به، فترجحت إحدىٰ البينتين علىٰ الأخرىٰ بالعلامة، كما قلنا في متاع البيت بين الزوجين، وإذا ثبت هذا قلنا: صاحبُ الجذوع أولىٰ به.

وقال الشافعي: هما سواء[2].

لنا: أن الجِذْع حمل مقصود لأحدهما علىٰ ما تنازعا فيه، فجاز أن يترجح علىٰ [من][3] لا حمل له عليه[4]، كالبعير إذا تنازع فيه اثنان ولأحدهما عليه حمل، فإن صاحب الحمل أولىٰ [به.

---

(١) انظر: الأصل ٨/٣٢.
«الجُذُوع، مفردها: الجِذْع ـ بالكسر ـ: ساق النخلة، ويسمىٰ سهم السَّقْف جِذْعًا». المصباح (جذع).

(٢) انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص ٢٦٤.

(٣) في أ (ما) والمثبت من ل.

(٤) في ل زيادة (قال: فإن كان له).

قال]: فإن كان لهما جميعًا فيه جذوع فهو بينهما نصفان، سواء كثرت الجذوع لأحدهما أو قلّت بعد أن يكون لأحدهما عليه ثلاثة جذوع أو أكثر منها؛ وذلك لأنهما تساويا في كون الحمل [لهما] على الحائط، فلا معتبر بالزيادة إذا كان لكل واحد منهما حمل مقصود، كما لو تنازعا في بعير ولأحدهما عليه مائة منٍّ، وللآخر خمسون منًّا، أنهما جميعًا فيه سواء وإن زاد حمل أحدهما.

قال: فإن كان لأحدهما جِذْعٌ واحد أو أقل من ثلاثة أجذاع، (وللآخر عليه ثلاثة أجذاع فما فوق ذلك)[1]، فلصاحب الجذع الواحد والجذعين موضع جذعه، والحائط للآخر، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الإملاء، وهو قول أبي يوسف.

وقال: كان في القياس ينبغي أن يكون بينهما نصفين؛ لأنه في أيديهما.

وفي رواية كتاب الدعوى: أن لكل واحد [ما] تحت جذعه[2].

وقال محمد في كتاب الإقرار: إن الحائط كله لصاحب الخشب الكثيرة، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبته، يعني حق الموضع.

وجه رواية كتاب الدعوى: أن وضع الخشب إذا استحق [٣٩٠/ب] به الحائط، استحق صاحبُ القليل بقدر خشبته، وصاحب الكثير بقدر خشبه؛ [لثبوت يد كل واحد منهما في المقدار الذي وضع خشبه عليه][3].

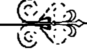
قال أصحابنا المتأخرون تفريعًا على هذه الرواية: إذا كان لأحدهما عشر

---

(١) العبارة في ل (أو أكثر من ذلك، فهو لصاحب ثلاثة أجذاع وما فوق ذلك).

(٢) في ل (خشبته).

(٣) الزيادة من ل.

خشبات، وللآخر[١] خشبة واحدة، فلِكل واحد منهما على هذا ما تحت خشبه، وما بين الخشبات من الحائط ما حكمه؟

فقال بعضهم: هو بينهما نصفان؛ لأن كل واحد منهما[٢] يختص بما تحت خشبته، وما بين ذلك لا يد لأحدهما [فيه]، فلم يكن أحدهما أولى به من الآخر، كرجلين تنازعا دارًا في يد أحدهما منها بيت واحد، وفي يد الآخر عشرة بيوت، فإنه يقضى لكل واحد منهما بما في يده، والساحة بينهما نصفان، كذلك هذا.

ومنهم من قال: إن ما بين الجذوع بينهما على أحد عشر بيتًا؛ لأن صاحب الخشب الكثير أكثر استعمالاً للحائط، ألا ترى أن الجذوع تعتمد على ما تحتها، وذلك يتقوى بما يليه، فصار مستعملاً لما يلي الجذوع، كما هو مستعمل لموضع الجذوع؛ فلذلك كان الحائط بينهما على [قدر] عدد الخشب.

وجه رواية كتاب الإقرار: أن الخشب الكثير حمل مقصود؛ لأن الحائط بني لأجله، والخشبة الواحدة ليست بحمل مقصود؛ لأن الحائط لا يبنى لذلك، فصار كبعير تنازعا فيه، لأحدهما عليه حمل وللآخر عليه إداوة، إلا أن على هذه الرواية ينزل خشبة الآخر بحالها؛ لأن صاحب الخشب الكثير استحق الحائط بالظاهر، والظاهر لا يستحق به حق على الغير، فلم يجز أن يزيل صاحب الخشبة الواحدة بالظاهر.

فإن قيل: إذا حكمت بالحائط لصاحب الخشبة، يجب أن نكلف صاحب الخشبة الواحدة أن يرفع خشبته كما لو تنازعا بعيرًا لأحدهما عليه حمل مقصود،

---

(١) هنا كان في أ (وللآخر خمس خشبات)، والسياق يدل على أنها زائدة.

(٢) في ل (قبض).

وللآخر إداوة، لما حكم لصاحب الحمل بالبعير كلف صاحب الإداوة رفعها عنه.

الجوابُ: أن موضع الإداوة لا يجوز أن يُستحق في ملك البعير، وإنما يستحق استحقاقًا مؤقتًا من جهة مالكه، فإذا لم يثبت الاستحقاق وأمر بالإزالة، والخشبة الواحدة يجوز أن يستحق موضعها على التأبيد في أصل ملك الحائط، إذا شرط ذلك في أصل القسمة.

وقد قدّروا الخشب المقصود بثلاثة فصاعدًا، وما ليسَ بمقصود بأقل منها؛ لأن الثلاثة يمكن أن يسقف عليها، فيبنى الحائط لأجلها.

والخشبة الواحدة والخشبتان لا يمكن أن يبنى عليهما، فلم يكن حملاً مقصودًا يبنى الحائط [لأجله][1].

وجه القياس الذي رواه بشر عن أبي يوسف: أن وضع الخشب تصرف فلا يعتبر فيه القلة والكثرة؛ كثوب تنازعهُ اثنان، أحدهما ممسك بطرفه بيد واحدة، والآخر ممسك باليدين بطرفيه، فهما سواء.

قال: ولو كان [الحائط متصلاً ببناء ملك أحدهما، وللآخر][2] عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع، إلا أن يكون الحائط متصلاً بطرفيه، كذا قال أبو يوسف في الإملاء، فيكون لصاحب الاتصال، ويكون للآخر موضع جذوعه.

وقال في الأصل: هو لصاحب الجذوع، إلا أن يكون الحائط متصلاً [اتصالاً] بتربيع[3] دار، أو بتربيع بيت، وللآخر موضع جذوعه.

(١) في أ (له الحائط) والمثبت من ل.
(٢) في أ (حائطًا متصلاً بينهما ولأحدهما) والمثبت من ل.
(٣) «والتربيع: جعل الشيء مُربعًا، أي ذا أربعة أجزاء، أو على شكل ذي أربع». تاج العروس (ربع).

أما الاتصال الذي جعل الجذع أولىٰ منه، فهذا الاتصال من جانب واحد، وإنما [يعتبر][١] بالاتصال مداخله [اللَّبِنِ][٢] بعضه في بعض.

فإذا كان كذلك من جانب واحد فقد قال في كتاب الدعوىٰ: إن صاحب الجذوع أولىٰ.

وذكر الطحاوي: أن الاتصال أولىٰ؛ وذلك لأن الاتصال إذا حصل بحائط [المدعي] من جانب واحد فالجميع حائط واحد، وقد حكمنا لصاحب الدار باستحقاق بعضه، فاستحق باقيه، وهذه الرواية كان الشيخ أبو عبد الله المرشد رحمه الله تعالىٰ يُصَحِّحُها.

وجه رواية الكتاب: أن الجذوع تصرف ظاهر، والاتصال من جانب واحد يد، فصاحبُ التصرف أولىٰ من صاحب اليد، كما لو تنازع راكب الدابة والمتعلق بلِجَامِهَا[٣]، كان الراكب أولىٰ.

وأما اتصال التربيع الذي ذكره في الأصل، فكان أبو الحسن يقول: هو أن يكون الحائط مداخلاً بجانبيه كحائطي المنازع، وجانب كل واحد من حائطيه مداخل للحائط الذي في مقابلة الحائط المتنازع فيه، فيصير الجميع بناء واحداً،

---

(١) في أ (يعني) والمثبت من ل.
(٢) في أ (الشيء) والمثبت من ل.
«واللَّبِن ـ بكسر الباء ـ: ما يعمل من الطين ويبنىٰ به»: الطوب غير المحروق، الواحدة لَبِنَة. انظر: المصباح؛ المعجم الوجيز (لَبِن).
(٣) «اللِّجَام: أداة من حديد، توضع في فم الركوبة، ولها سُيور تمكن الراكب من السيطرة عليها، والجمع لُجُم». المعجم الوجيز (لجم).

وهي كالقُبَّة والأَزَج[١]، وإذا حكمنا له ببعضها حكمنا له بجميعها.

وأما الذي ذكره أبو يوسف: أن اتصال الحائط بجانبيه أولى؛ لأنه إذا اتصل من طرفيه بحائطه، فالجميع حائط واحد، واتصال [حائطه بحائطيه][٢] بحائط له آخر ليس بشرط، وإن كان لو وجدنا كذبه الحق[٣].

وقد فرّع أبو يوسف على هذا في الأمالي وقال: لو أن رجلاً اشترى دارًا وللآخر دار بجنب هذه الدار، فأقام ذلك الرجل البينة على حائط بينهما أنه له، فأراد أن يرتجع على البائع[٤] بحصته من الثمن، قال: إن كان متصلاً ببناء حائط المدعي وليس له بالدار [المشتراة][٥] اتصال، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بشيء؛ لأنّ هذا الحائط إذا كان متصلاً ببناء غيره لم يدخل في البيع، وأما إذا كان متصلاً ببناء الدار المبيعة غير متصل ببناء المدعي، فله أن يرجع على البائع بحصة الحائط من الثمن؛ لأنه قد دخل في البيع إذا كان متصلاً بحائط الدار، فلما استحق رجعَ بعوضه.

وإن كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وبحائط الدار المدعى عليه، فله أن يرجع بالنصف؛ لأن نصفه دخل في البيع.

---

(١) «القُبَّة: بناء مستدير مقوّس مجوّف، يعقد بالآجر ونحوه، وجمعها: قِباب وقُبب». المعجم الوسيط (قبب).
«والأَزَج: بناء مستطيل مقوّس السقف، والجمع: آزاج». المعجم الوجيز (أزج).

(٢) في أ (حائطيه).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي، ١٧/٨٨.

(٤) في ل (أن يرجع البائع بحصته).

(٥) في أ (المشتركة) والمثبت من ل.

ولو كان متصلاً بحائط الدار المبيعة وللآخر عليه جذوع، فليس له أن يرجع.

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع، فله أن يرجع بنصف الثمن.

وهذا التفريع من أبي يوسف يوافق رواية الكتاب؛ لأنّ الاتصال من جانب واحد لا يعتد به مع الجذوع.

وإذا ثبت أن الاتصال بالتربيع يستحق به الحائط، تركت الجذوع على حالها؛ لما قدّمنا أن صاحب التربيع[1] يستحق الحائط بالظاهر، فلا يستحق به يد صاحب الجذوع، وليس يمتنع[2] أن يكون الحائط في الأصل لأحدهما، وللآخر عليه حق الوضع.

فعلى هذا قال أصحابنا في السُّفْلِ والعُلْوِ: إذا ادعى صاحبُ السُّفل العُلْو، أن السّفل لمن هو في يده، ولصاحب العلو حق الوضع على حاله، لا تزال يده عنه بالظاهر.

وليس هذا كحائط بين دارين لأحدهما عليه جذوع، وأقام آخر البينة أنه له، وقضى القاضي ببينته أنه يأمر الآخر بوضع الجذوع؛ لأنه استحق المِلْكَ بالبينة لا بالظاهر، والبيّنات يجوز أن يستحق بها يد الغير.

وقال في الأصل: ولو لم يكن لأحدهما عليه جذوع، وللآخر فيه اتصال به، فهو أولى [به؛ لأن الاتصال يد] لما بَيَّنَّا [٣٩١/أ]؛ لأنا إنما قدّمنا الجذوع عليه

---

(١) في ل (لا يستحق).

(٢) في ل (بمبيع).




إذا وجدت، فإذا لم توجد جذوع فالاتصال أولىٰ، كما أن الراكب أولىٰ من المتعلق باللجام، فإذا لم يكن راكبًا فالمتعلق باللجام أولىٰ من غيره.

قال: ولو كان لأحدهما عليه سترة أو بناء يقرّان أن السترة والبناء لأحدهما، فالحائط لصاحب السترة والبناء؛ وذلك لأن السترة والبناء حمل مقصود، فصار كالبعير إذا كان لأحدهما عليه حمل.

قال: فإن لم يكن عليه خشب لأحدهما ولا ستر، وعليه بواري لأحدهما، فإن الحائط بينهما نصفان، ولا يستحق بالبواري والحرادي[1] شيئًا؛ لأنها ليست بحمل؛ وذلك لأن الحرادي والبواري ليس بحمل مقصود، ألا ترىٰ أن الحائط لا يُبنىٰ لوضع ذلك عليه، فلم يستحقه، كما لا يستحق البعير بالإداوة والمخلاة[2] عليه لأحد المتنازعين.

قال: وإذا كان خُصٌّ[3] بين دارين، فادّعاه كل واحدٍ منهما، والقمط[4] إلىٰ أحدهما، فالقُمُطُ بينهما نصفان عند أبي حنيفة، ولا ينظر إلىٰ القمط.

---

(١) البواري: هو الحصير المعمول من القصب، ويقال فيها: بارية وبورياء. انظر: لسان العرب (بور).
الحرادي: وينطق (بالهاء) أيضًا: وهو حزمة من قصب تلقىٰ علىٰ خشب السقف، وهو نبطي معرب. انظر: المصباح (حرد).

(٢) الإداوة: المِطْهرةُ: «إناء صغير يحمل فيه الماء». مختار الصحاح؛ الوجيز. (أداء).
«المِخلَاة: ما يجعل فيه العَلَفُ ويعلق في عنق الدابة». المعجم الوسيط (خلا).

(٣) الخص ـ بضم الخاء ـ بيت من شجر أو قصب، وجمعه: أخصاص وخصاص وخصوص. انظر: المصباح؛ المعجم الوسيط (خص).

(٤) القُمُطُ كما في النهاية «هي الشرط التي يشد بها الخص ويوثق من ليف أو خوص أو غيرها». (قمط). وقيل: القمط: هي الخشب التي تكون علىٰ ظاهر الخص أو باطنه يشد إليها حرادي القصب. وأصل القمط: الشد. انظر: المغرب؛ معجم الوسيط (قمط).




وقال أبو يوسف ومحمد: الخص يقضىٰ به لمن كان إليه القمط.

وجه قول أبي حنيفة: أن القمط نفس الخص، والشيء لا يجعل دليلاً علىٰ نفسه؛ ولأن المتنازعين في الخصّ يجوز أن يكون المالك جعل قُمط الخص إلىٰ جاره ليكون مستويةً من جهته، فيجصّصُه أو يطينه، وإذا جاز ذلك لم يقع به ترجيح.

وجه قولهما: ما روىٰ [دهثم بن قران][1] **(أن رجلين تنازعا في خُصّ، فبعث النبي ﷺ حذيفة بن اليمان، فقضىٰ بالخصّ لمن إليه القمط، وذكر ذلك لرسول الله ﷺ فرضيهُ)**.

الجواب: أنه يجوز أنه قضىٰ ببينة أبو بتراضٍ منهما [أو غيرهما، وذكر القمط][2]، وذلك اللفظ علىٰ وجه التعريف، كما يقال قضىٰ لصاحب الطيلسان، ولا يدل ذلك علىٰ أن القضاء وقع لأجل الطيلسان.

وعلىٰ هذا قالوا في الحائط: إذا اختلفا فيه ووجه البناء أو أخصاف اللبن أو الطاقات[3] إلىٰ أحدهما، لم يحكم بذلك عند أبي حنيفة، وقالا: الحائط لمن إليه وجه البناء وأخصاف اللبن والطاقات.

لأبي حنيفة: أن الإنسان قد يبني ويجعل وجه[4] البناء إلىٰ الطريق، ولو

---

(١) في النسخة (نعيم بن فزان) والمثبت كما في السنن الكبرىٰ للبيهقي، ٦/٦٧؛ وذخيرة الحفاظ للمقدسي، ٢/١٢١٥.

(٢) في أ (وذلك اللفظ).

(٣) «والطَّاقُ: ما عُقِدَ من الأبنية، والجمع: الطاقات»، كما في مختار الصحاح (طوق)؛ وفي المعجم الوجيز: «الطَّاق: ما عُطِف وجعل كالقوس من الأبنية». (طوق).

(٤) في ل (فرجة).




كان ذلك مما يستدل (به على الملك لم يجعله إلى غير ملكه)[1]؛ ولأن وجه البناء نفس الحائط، [والخلاف وقع فيه] فلا يستدل به على نفسه[2].

وجهُ قولهما: أن العادة جرت أن الإنسان يجعل وجه البناء إلى صاحب الحائط، وكذلك الطاقات والعلامة، فما يقع به الترجيح (فيرجّحه هاهنا بذلك)[3].



(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (على الشيء بنفسه).

(٣) ساقطة من ل.

بَابُ
السُفْلِ والعُلْوِ وما في معناه

قال أبو الحسن: قال أبو حنيفة: وإذا كان سُفْل لرجل وعُلْو لآخر، فليس لصاحب العلو أن يُعلي[١] عليه بناءً ولا يضع عليه جذوعًا لم تكن، ولا يشرع فيه بابًا أو كنيفًا[٢] لم يكن.

وقال أبو حنيفة: ليس لصاحب السفل أن يهدم السفل، وليس له أن يفتح كُوَّة[٣] فيه ولا بابًا، ولا يدخل فيه جذعًا، ولا يشرع فيه كنيفًا لم يكن قبل ذلك إلا برضا صاحب العلو.

وقال أبو يوسف ومحمد: له أن يفتح فيه بابًا ويدخل فيه جذعًا إذا لم يضر[٤] ذلك بالعلو، فإن كان الشيء الذي [يحدثه يضرّ][٥] بالعلو لم يكن له أن يفعل ذلك.

وجه قول أبي حنيفة: أن لصاحب العلو حق الحمل في مقدار معين، فلا تجوز الزيادة على ذلك، أضر بالمحمول عليه أو لم يكن يضر، كمن استأجر

---

(١) في ل (أن يحدث على علوه شيئًا).

(٢) والكنيف: الساتر، وهو المُسْتَراح (المرحاض)؛ لأنه يستر قاضي الحاجة. انظر: المغرب؛ المصباح (كنف).

(٣) الكُوَّة: «ثقب البيت»: وهي الخرق في الجدار، يدخل منه الهواء والضوء. انظر: المغرب؛ المعجم الوجيز (كوّ).

(٤) في ل (يضيق).

(٥) في أ (يحدث ضررًا) والمثبت من ل.

بعيرًا ليحمل عليه قدرًا معلومًا، لم يجز له أن يزيد [على ذلك القدر][1]، سواء أضر بالبعير أو لم يضر، وكذلك السفل لصاحب العلو عليه حق الحمل، فلا يجوز لصاحب السفل التصرف فيه إلا برضا صاحب الحمل، كما لو أراد مؤاجر البعير أن [يبزغه][2] من يديه أو يجرحه جراحة لا تضره؛ لأنا لو جوّزنا اليسير لجوزنا مثله، فيؤدي ذلك إلى الكثير الذي يضر، فوجب أن يمنع من أصله.

وجه قولهما: أن السفل ملك لصاحبه، وإنما منع من التصرف فيه كيلا يضر بملك غيره أو حقه، فما لا يضره من التصرف لا يمنع عنه كالسكنى.

وكذلك صاحب العلو، لا يمنع من الزيادة التي لا تضر، كما لا يمنع من وضع متاعه فيه، وإنزال الأهل[3]، وإحضار الإخوان.

قال: وإذا كان حائط بين دارين، لكل واحد من صاحبي الدار فيه جذوع، فانهدم، فأراد أحدهما أن يقسم عَرْصَة[4] الحائط، قال: لا تكون القسمة إلا عن تراض منهما جميعًا بالقسمة؛ لأن لكل واحد منهما حق الحمل على العرصة، فليس للآخر أن يبطل حقه من ذلك.

قال الشيخ أيده الله: والأصل في هذا: أن هذه العرصة قد تعلق بجميعها حق لصاحب الجذوع، ولو قسمت بغير رضاه لسقط حقه عما يحصل لشريكه،

---

(١) في أ (عليه) والمثبت من ل.

(٢) في أ ل (ينزعه) والمثبت يدل عليه السياق: «بزغه: شرطه فأسال دمه» كما في الوجيز (بزغ)، وهو المقصود هنا.

(٣) في ل (واتخاذ الأهل وإحضار الأضياف).

(٤) «والعَرْصَة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع: العراص والعرصات». مختار الصحاح (عرص).

وذلك لا يجوز.

وأما إذا لم يكن على الحائط جذوع، وجبت القسمة؛ لأنها بقعة مشتركة [ليس في قسمتها إبطال أحد الشريكين، فوجبت القسمة].

قال: وإذا كان سفل لرجل، وعليه علو لغيره، فانهدما، فإنه لا يجبر صاحبُ السفل على البناء في قول أصحابنا [جميعًا]، ويقال لصاحب العلو: اِبْنِ السفل إن شئت، وابن عليه علْوَك، فإن فعل ذلك فله أن يمنع صاحب السفل من سكناه حتى يؤدي إليه قيمة البناء مبنيًّا.

وإنما قلنا إنه لا يجبر على البناء؛ لأن السفل مِلك له، ينفرد به، والإنسان لا يجبر على عمارة ملكه لينتفع غيره به، وليس كذلك إذا هدم صاحب السفل سفله، فإنه يجبر على إعادته؛ لأنه أبطل حق غيره بفعله، فصار كالمولى إذا قتل عبده وعليه دين، أو هو رهن، يجب عليه قيمته ليقيمها مقام المقتول.

وليس كالبئر المشترك والدولاب[1] ونحوه، أن كل واحد منهما يجبر على عمارته؛ لأن على كل واحد منهما ضررًا في تركه، وله فيه نفعٌ، وهو مشترك بينهما، فصار كالعبد المشترك إذا امتنع أحدهما من الإنفاق عليه.

وإذا ثبت أنه لا يجبر على البناء، قيل لصاحب العلو: إن شئت فابن السفل والعلو من [ذلك من مالِكَ][2]؛ وذلك لأن له في بناء السفل منفعةً[3]، [لا يصل

(١) «الدُّولَابُ: الآلة التي تديرها الدابة ليُستقى بها، وهي: الناعورة أو الساقية». المعجم الوجيز (دول).

(٢) في أ (ملك) والمثبت من ل.

(٣) في ل (حق).

إليه إلّا بالبناء، فإذا رضي بذلك لم يكن لصاحب السفل منعه منه][1] فصار كالمستأجر للبعير [إذا عدل أن يعلفه ويهيئ حِباله][2]، لم يكن لصاحب البعير منعه عن ذلك.

وإنما قلنا: إنه يمنع صاحب السفل من الانتفاع به حتىٰ يردّ عليه القيمة؛ لأن العرصة وإن كانت علىٰ ملكه فلصاحب العلو فيها مال قائم، وهو البناء، فلم يكن له الانتفاع بها، كثوب لإنسان وقع في صبغ آخر، ليس لصاحب الثوب الانتفاع به [٣٩١/ب] حتىٰ يؤدي قيمة الصبغ.

واختلفت الرواية فيما يرجع به: فقال في كتاب الدعوىٰ: يرجع عليه بقيمة البناء، قال الخصاف في كتاب النفقات: يرجع بما أنفق.

وجه رواية الدعوىٰ: هو أن العرصة لصاحبها، ولصاحب العلو فيها مال، فلم يجز له الانتفاع حتىٰ يؤدّي قيمة ما زاد[3]، كالثوب إذا كان فيه صبغ لغير مالكه، يجب عليه أن يؤدي قيمة ما زاد الصَّبْغ فيه.

وجه رواية الخصاف: هو أن صاحب العلو مأذون في الإنفاق من طريق الحكم، فيرجع بما اتفق، كالوصي والأب إذا اتفقا علىٰ مال الصغير.

قال: وكذلك الحائط يكون بين الدارين إذا سقط لم يجبر واحد منهما علىٰ بنائه، ولا قسمة عرصته، إذا كان لهما عليه خشب حتىٰ يتفقا علىٰ قسمة العرصة.

أما القسمة: فقد بَيَّنَّا أنه لا يجبر عليها إذا كان علىٰ الحائط خشب، وأما

---

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل، وسقطت من أ.

(٢) في أ (إذا أبدل له علاوة)، والمثبت من ل.

(٣) في ل (ماله).




البناء: فلا يجبران عليه ؛ لأن التخلص من ضرر الشركة يمكن بالتراضي بالقسمة ، هذا إذا لم يهدمه أحدهما ، فإن هدمه أحدهما أجبره الحاكم على إعادته.

فإن طلب صاحب الخشب قسمته وأبى الآخر ، أجبر على ذلك ؛ لأن المنع من ذلك لحق صاحب الخشب ، فإذا طلبها فقد رضي بإسقاط حقه ، فصار الحائط كأنه لا خشب عليه.

قال: وإن بنى الحائط أحدهما ولهما عليه خشب ، فللباني[1] أن يمنع الآخر من وضع خشبه على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيًّا ، وهذا مثل السفل والعلو ؛ وذلك لأن صاحب الخشب له حق الحمل ، فإذا أنفق على ملك غيره ليسلم له حقه لم يمنع منه ، كما ذكرناه في السفل ، ومنع الآخر من وضع الخشب عليه ؛ لأن البناء ملكه ، فلم يكن للآخر الانتفاع به إلا بعد ردّ النفقة.

وذُكِرَ عن أبي يوسف في الإملاء: أن السُّفْل في يد صاحب العلو بمنزلة الرهن ، وهذا إنما عنى به في منع مالكه من الانتفاع به ، كما يمنع من الانتفاع بالرهن[2].



(١) في ل (فللثاني).

(٢) انظر: الأصل ٣٥/٨ ، ٣٦.

بَابُ
الدَّعْوَى في الطريقِ [والمَسِيل][1]



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: وإذا كان لرجل بابٌ من داره في دار رجل، فأراد أن يمرّ في داره من ذلك الباب، فمنعهُ صاحبُ الدار، فله ذلك، ولا يستحق صاحبُ الباب ببابه طريقًا في دار غيره، إلا أن يأتي بشاهدين يشهدان أنه طريق له ثابت[2] فيها.

والأصل في ذلك: أنه يدعي حقًا في ملك غيره، (ومن ادعى ما في يد غيره)[3] لم يقبل قوله، ولأن فتح الباب في حائطه لا يستحق به حقًا في ملك الغير، ألا ترى أن كل واحد منهما يمكنه أن يفتح بابًا (يستطرقه ولا يستطرق) [به] ملك غيره[4].

وأما إذا [أقام][5] البينة استحقه؛ لأنه ادعى خلاف الظاهر وأقام البينة، فإن جاء شاهدان يشهدان أنه كان يمرّ فيها من هذا الباب، [فإنه] لم يستحق بهذه الشهادة شيئًا؛ لأن هذه شهادة بيد كانت، فلا يتعلق الاستحقاق بها؛ (لما قدمناه أن الشهادةَ بيد كانت لا يتعلق بها الاستحقاق)[6].

---

(١) والمسيل: مجرى السيل، مفعل من سال يسيل سيلاً، والسيل: مياه الأمطار إذا سالت. انظر: لسان العرب؛ المصباح (سيل).

(٢) في ل (كانت).

(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٤) في ل (ليستطرق به ملك غيره، وهذا لا يصح).

(٥) في أ (أقاما) والمثبت من ل.

(٦) ساقطة من ل.

قال: وإذا شهدوا أن له طريقًا ثابتًا فيها، جازت شهادتهم.

فإن لم يجدوا الطريق ولم يسموا عَرْضًا ولا طُوْلاً ولا حُدُودًا بعد أن يقولوا: أنّ له حقًا ثابتًا، أو طريقًا، فقد تكلم أصحابنا في هذا الفصل فقالوا: هذا محمول علىٰ أن الشهود شهدوا علىٰ إقرار الخصم[1] بالطريق، فتجوز شهادتهم؛ لأن الإقرار بالمجهول جائز.

وأما إذا شهدوا بشهادة أنفسهم لم تقبل حتىٰ يثبتوا موضع الطريق من الدار ومقداره، ومن أصحابنا من قال: إن الشهادة مقبولة في الوجهين؛ لأن الجهالة تؤثر في الشهادة؛ إذ الحكم لا يمكن بالمجهول، فإذا أمكن الحكم [به] قبلت الشهادة، والطريق موضعة بين الناس، ومقداره عرض الباب، فصار معلومًا وإن لم يثبتوه؛ فلذلك قبلت الشهادة عليه، وهذه الطريقة أشبه بما ذكر في الكتاب.

وقد زاد محمد علىٰ هذا فقال في الأصل: فإذا لم يجدوا الطريق فهو أجوز للشهادة؛ لأن الجهالة ترتفع بالشهادة[2]، وقيل في معنىٰ ذلك: أن [بين][3] الناس [خلافًا في قدر الطريق، فمنهم] من قال: إن الطريق يتقدر بسبعة أذرع، فإذا شهدوا بما دونه أبطل الشهادة، وإذا ذكر طريقًا مبهمًا حكم كل حاكم علىٰ مذهبه[4].

قال: وكذلك لو قالوا: مات أبوه وترك هذا الطريق ميراثًا له، ولم يُسَمّوا

---

(١) في ل (المحكوم عليه).

(٢) أوردها باللفظ السرخسي في المبسوط، ١٧/٩٣.

(٣) في أ (من) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل، ٨/٣٦ وما بعدها.




طوله وعرضه ولا حدوده؛ وذلك لأن الطريق حق يُملك بالإرث، فإذا شهدوا بانتقاله بذلك صار كشهادتهم بالميراث في سائر الأموال والأملاك.

قال: وإذا كان الميزاب في دار رجل، فأراد صاحب الميزاب أن يسيل فيه الماء، فمنعه رب الدار، فله ذلك حتىٰ يقيم البينة أن له في هذه الدار مسيل ماء؛ وذلك لأن المدّعي يدعي حقًا في دار غيره، فلا تقبل دعواه فيه، ولأن الميزاب في ملك نفسه، فلا يستحق به حقًا علىٰ غيره.

وذكر أبو الليث عن المتأخرين من شيوخنا بخراسان رحمهم الله تعالىٰ: أنهم قالوا: يستحسن في هذه المسألة: إن كان الميزابُ قديمًا وكان تصويب السطح إلىٰ داره، وعلم هو أن التصويب قديم ليس بمحدث، بأن يجعل له حق المسيل؛ لأن هذه علامة شاهدة له بدعواه، فإقامة البينة علىٰ ذلك يتعذر في العادة.

وذكر محمد في كتاب الشِّرْبِ: في نهر في أرض رجل، [ورجل] آخر يسيل فيه الماء، فاختلفا في ذلك، أن القول قول صاحب الماء؛ لأن الماء إذا كان جاريًا فهو يد في النهر وتصرّف، فالقول قول صاحب اليد، وأما في مسألتنا، فالاختلاف وقع وليس في الميزاب ماء، فلا يد فيه للمدعي، فأما إذا أقام البينة أن له في الدار حقًا في التسييل، قبلت بينته؛ لأنه أثبت حقًا لنفسه في ملك غيره، وهذا يتعلق بالبقعة علىٰ التأبيد، فهو كملك للبقعة.

[قال]: وإن أقام البينة فشهدوا أنهم رأوه يسيل فيه الماء، فليس هذه الشهادة بشيء ولا يستحق بها شيئًا حتىٰ يشهدوا أن له فيها مسيل ماء من هذا الميزاب؛ لأن الشهادة بمسيلٍ كان [٣٩٢/أ] كالشهادة بيد كانت فزالت، فلا تُقبل.

فإن شهدوا أنه لماء المطر فهو لماء المطر، وإن شهدوا أنه مسيل دائم




للغسل والوضوء ولماء المطر فهو جائز.

فإن شهدوا أنه له مسيل، ولم ينسبوه إلىٰ شيء مما ذكرنا، فالقول قول رب الدار الذي جحد ذلك مع يمينه.

[قال]: فإن قال: هذا [هو] لماء المطر، فهو كما قال، وإن قال: هو للوضوء، فهو كما قال، بعد أن يحلف علىٰ ذلك؛ لأن حق المسيل يختلفُ.

فإن كانَ لماء المطر، فهو خاص في زمان مخصوص، وإن كان للوضوء فهو عامٌ في سائر الأزمان.

فإن ذكروا مسيلاً مطلقًا ولم ينسبوه إلىٰ شيء مما ذكرنا، فالقول قول رب الدار الذي جحد مع يمينه؛ [وذلك] لأنهم شهدوا بحق معلوم في نفسه، فإن كانت الصفة مجهولةً فصار كما لو شهدوا أنه غصب ثوبًا ولم يبينوا صفته ولا قيمته، ويرجع إلىٰ قول رب [الثوب](١)؛ لأنه المستحق عليه، وقد ثبت عليه حق مجهول الصفة، فالقول قوله في بيانه(٢).

قال: فإن لم يكن للمدّعي بينة استحلف صاحب الدار علىٰ ذلك، فإن حلف برئ من الدعوىٰ، وإن نكل لزمه الدعوىٰ، وإنما وجبت اليمين لأجل أنا جعلنا القول قوله فيما يلزمه فيه الخصومةُ ويصحّ بذله.

فإن حلف فقد قطع الخصومة بيمينه، وإن نكل عن اليمين لزمه الدعوىٰ؛ لأن النكول عند أبي حنيفة: بذل، فهذا حق يصح بذله، وعندهما: أنه قام مقام الإقرار، والإقرار بهذا يصحّ.

---

(١) في أ (الدار) والمثبت من ل.
(٢) انظر: البدائع ٦/٢٥٨؛ الفتاوىٰ الهندية، ٤/١٠٥.

قال: وإن كان مسيل ماءٍ في قناة، فأراد صاحب القناة أن يجعله ميزابًا[1]، فليس له ذلك (إلا أن يرضي بذلك أهل الدار التي عليهم المسيل.

وكذلك إن كان ميزابًا فأراد أن يجعله قناة، فليس له ذلك، إلا أن يكون عليه في ذلك ضرر بيّن؛ لأن القناة يسيل الماء فيها مع بدن الحائط، فإذا جعل مكانها ميزابًا سائلاً في وسط الدار، ولأن القناة لا يفيض ماء الميزاب فيها)[2]، والميزاب إذا زاد فيه الماء فاض من جانبيه، [ولأنه ينصبّ في هذه الدار ما لم يكن]، وأما الميزابُ فلا يجعل قناة؛ لأنه يحتاج إلىٰ حفر الحائط ليركب فيها القناة.

وحكي عن أبي الحسن أنه قال: هذا إذا اختلف الأمران، وأما إذا تساويا في الضرر لم يمنع منه.

ومن أصحابنا من قال: هذا التفصيل موضوع علىٰ أنه له حق المسيل، فأما إذا كان يملك البقعة التي يسيل فيها، فله أن يتصرف في ملكه كيف شاء، ويغيّره كيف شاء.

قال: وكذلك لو جعل ميزابًا أطول من ميزابه أو أعرض؛ لأنه إذا طَوّل الميزاب جرىٰ الماء في غير البقعة التي كان يجري فيها، وإذا عرَّضه حمل من الماء أكثر مما كان يحمل.

قال: وكذلك لو أراد أن يُسيل ماء سطح آخر في ذلك الميزاب، لم يكن له ذلك؛ لأن حقه ثبت في مقدار معلوم، فلا يجوز أن يضمّوا إليه غيره، ويزيدوا فيه.

قال: وكذلك لو أراد أهل الدار أن يبنوا حائطًا ليسدوا [مسيله][3] لم يكن

---

(١) في ل (ميراثًا).

(٢) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٣) في أ (سبيله) والمثبت من ل.




لهم ذلك ؛ لأن الحق ثبت عليهم ، فلا يجوز لهم إسقاطه .

قال: وكذلك لو أرادوا أن يزيلوا الميزاب عن موضعه ، أو يرفعوه ، أو يسفلوه لم يجز[1] ؛ لأن هذا تغيير حق عن مكانه إلىٰ غيره ، ومن ثبت له حق بصفة ، فليس له تغييره عما ثبت عليه .

قال: ولو بنىٰ أهل الدار[2] بناءً ليسيل ميزابهم علىٰ ظهره ، كان لهم ذلك ؛ لأن له حق المسيل ، فلا فرق بين أن يسيل في وسط الدار أو علىٰ ظهر البناء .

قال: وليس لهم أن يبنوا في ساحة الدار إذا كان لرجل فيها طريق ما يقطع عليه طريقه ، وينبغي لهم أن يتركوا من ساحة الدار عرض باب الدار ، ويبنوا ما سواه ؛ وذلك لأنه إذا استغرق العرصة بالبناء أبطل[3] حق الطريق ، وليس له إبطاله .

فأما إذا تركوا له مقدار عرض الباب ، فهذا هو القدر الذي يثبت حقه فيه ، وما زاد عليه لا حق له فيه ، فلا يمنعون من البناء فيه[4][5] .



(١) في ل (لم يكن لهم ذلك) .
(٢) في ل (بديتات) .
(٣) في ل العبارة جاءت بصيغ الجمع .
(٤) في ل (من بنائه والتصرف فيه) .
(٥) انظر: الأصل ، ٨/٣٦ ـ ٣٨ ، ١٦٣ وما بعدها .

بَابُ[1]
دَعْوَى النسبِ



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: [مَنْ][2] كان العلوق[3] منه في زوجته أو أمته، يثبت نسبُ الولد [منه] [ولم يكن له نفيه][4] إذا أقرّ أن العلوق منه، وإن لم يُعْلَم العلوقُ منه بإقراره، فله أن ينفيه عن نفسه باللِّعان من الزوجة، وبالقول من الأمة، فإذا كان الزوجان ممن لا لِعان[5] بينهما، لم ينف الولد علىٰ حال وإن اجتمعا علىٰ نفيه.

فالأصل في هذا الباب: أن الأسباب التي يثبت بها النسب علىٰ ثلاثة أوجه، بعضها أقوىٰ من بعض:

أوّلها: النكاح وما في معناه من النكاح الفاسد وشبهة الملك.

والثاني: فِراش أم الولد.

والثالث: الوطء بالملك وشبهة الملك.

فأما النكاح: فالنسبُ يثبت به لقوله ﷺ: **«الولد للفراش، وللعاهر**

(١) خ ر (كتاب).

(٢) في أ (ما) والمثبت من ل.

(٣) العُلُوق من عَلَقتْ الإبل من الشجر عَلْقًا وعُلُوقًا، «ومنه عَلِقت المرأة: إذا حبلت عُلُوقًا». انظر: المغرب؛ المصباح (علق).

(٤) في أ (ولو لم يكن له بينة) والمثبت من ل.

(٥) في ل (يعلق).




الحجرُ»[1]، والفراش هو الزوج.

ولا ينتفىٰ إلا باللعان؛ لأن (النبي ﷺ **لَاعَنَ بين الزوجين وأَلْحَقَ الوَلَدَ بالأم**)[2]، فدلّ علىٰ أنّ الولد ينتفي باللعان؛ ولأن النسب إذا ثبت بالفراش فالزوج لا يملك نقل ما تعلق به من النسب بقوله، وهذا لا خلاف فيه.

وأمّا النكاح الفاسد والشبهة، فهما في حكم النكاح الصحيح في وجوب المهر والعدة، وكذلك في ثبوت النسب.

أما أمّ الولد، فيثبت نسب ولدها وإن لم يدّعه، كما يثبت نسبُ ولد الزوجة؛ لأنها صارت فراشًا بالاستيلاد، بدلالة أن الفرقة إذا وقعت بالموت أو بالعتق وجبت العدة، ولا خلاف في هذا.

وأما الأمة، فلا يثبت نسب ولدها منه إلا بالدعوىٰ، وقال الشافعي: إذا أقر بالوطء ثبت النسب منه وإن لم يدَّع.

لنا: أنها لو صارت فراشًا بمجرد الوطء لصارت فراشًا بالسبب المبيح للوطء كالنكاح، ولأنه لو ثبت لها فراش لوجب بزواله عدّةٌ ذاتُ عَدَدٍ، كأم الولد، فلما لم يجب بزواله عِدَّة، دلَّ علىٰ أنه لا فراش لها.

ولا يقال: إنه (يجب عليها حيضة؛ لأن ذلك ليس بعدة، وإنما هو استبراء، ألا ترىٰ أن العدة لا تكون إلا ذات عدد؛ ولأن هذه حيضة لا تجب) لزوال الفراش، وإنما تجب ليستبيح بها المشتري الوطء.

---

(١) أخرجه البخاري (١٩٤٨) ومواضع أخرىٰ؛ ومسلم (١٤٥٧).

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٠٩)؛ ومسلم (١٤٩٤).

وأما قوله ﷺ في [ابن وليدة] زمعة لما قال لها عبد [ومعه آخر]: ولد على فراش أبي: «**هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر**» فمعناه: هو لك ملكًا، وإنما يلحق بالفراش بدلالة قوله ﷺ: «**واحتجبي عنه يا سَوْدة، فإنه ليس بأخٍ لك**»(١)، ولو ثبت [٣٩٢/ب] نَسَبُه من أبيها كانَ أخًا لها، فلا تحتجب عنه.

والذي روى جابر بن عبد الله: أن عمر بن الخطاب ﷺ مرّ على خادم تستقي مع الرجال، فقال لها: أما إنها لو جاءت بولد ألزمته أباه، فيجوز أن تكون الخادم أم ولد؛ بدلالة أن النسب لا يثبت بمجرد الملك، وإنما يثبت عندهم بسبب غير مذكور، وهو الاعتراف بالوطء، وعندنا بثبوت النسب، وقد روي عن عُمر خلاف هذا.

وروي أن جارية له أتت بولد، فادّعت أنه من عمر، فقال: اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم، فاعترفت الخادمة أن الولد من فلان الراعي(٢).

وروي أن زيد بن ثابت أتت جاريته بولد، وكان يطؤها فنفاه، وقال: كنت أعزل عنها، وعن أبي سعيد الخدري نحوه(٣).

وإذا ثبت أن نسب ولدها لا يثبت إلا بالدعوى، لم يحتج إلى نفيه.

فأما أم الولد، فينتفي نسب ولدها بقول المولى؛ وذلك لأنه يملك نقل

---

(١) الحديث أخرجه الشيخان: البخاري (١٩٤٨)؛ ومسلم (١٤٥٧) ما عدا قوله (ليس بأخ لك)؛ وقال صاحب عون المعبود: «وقوله ليس بأخ لك، لا يعرف في هذا الحديث، بل هي زيادة باطلة مردودة، والله أعلم»، ٢٦٣/٦.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في السنن، ٩٢/٢؛ وعبد الرزاق في المصنف، ١٣٦/٧.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في السنن، ٩٢/٢؛ انظر: التلخيص الحبير، ٤/٤.




فراشها إلىٰ غيره بفعله ، بأن يُزَوِّجها ، فكذلك يملك نقل نسب الولد المتعلق به ، وليس كذلك الحرّة ؛ لأنه لا يملك نقل فراشها بفعله ؛ فلذلك لا يملك نقل نسب ولدها .

وأمّا شبهة الملك ، فلا يثبت النسب فيها إلا بالدعوىٰ ؛ لأنها معتبرة بالمِلك ، كما أن شبهة النكاح تعتبر في النسب بالنكاح .

فأمّا إذا أَقَرَّ بالولد في الوجوه كلها لم يملك نفيه ؛ لأنه حق ثبت باعترافه ، فلا يملك الرجوع عنه كالدين ، ولأنه آكد من الدين ؛ بدلالة أنه إذا ثبت لا يلحقه فسخ ، فإذا كان الدين المعترف به لا يملك المعترف نفيه عن نفسه ، فالنسب أولىٰ .

ولا يقال: إن النسب من ولد الزوجة يثبت بالفراش ، وينتفي باللعان ، فكذلك إذا ثبت بإقراره (في أم الولد والأمة جاز أن ينفيه)[1] ؛ وذلك لأن ثبوت الشيء بالإقرار يخالف ثبوته من طريق الحكم ، بدلالة أن مَنْ أَقَرَّ بعبد في يده لرجل ، فلم يسلمه إليه حتىٰ استحق من يده ، ثم ملكه وجب عليه تسليمه إلىٰ المُقَرِّ له .

ولو ابتاع رجل من رجل عبدًا فاستحق من يد البائع ، ثم ملكه المشتري ذلك من جهة المستحق ، لم يجب عليه تسليمه إلىٰ البائع إن كان دخوله معه في البيع اعترافًا له بالملك حكمًا ، فدل علىٰ أن ثبوت الشيء بصريح الإقرار به يخالف ثبوته من طريق الحكم .

فأما إذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لم يثبت نسب الولد ؛ لأن النسب

---

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل .

ثابت بالفراش وإنما ينتفي باللعان، وإذا تعذر اللعان بقي النسب بحاله.

وأما قوله: وإن اتفقا عليه؛ فلأن النسب حق للولد، فلا ينتفي بقول الأبوين، كما لا يسقط سائر حقوقه بقولهما.

وأما العلوق إذا كان بنكاح فاسدٍ أو شبهة نكاح ثبت نسب الولد، ولم يجز نفيه على حال؛ وذلك لما بَيَّنَّا أن هذا معتبر بالنكاح الصحيح في ثبوت النسب، فلا ينتفي إلا باللعان، وقد بَيَّنَّا في النكاح أن اللعان لا يثبت في النكاح الفاسد، فصار كالنكاح الصحيح، إذا تعذر فيه اللعان لم [يثبت][1] منه النسب[2].



---

(١) في أ (ينتف) والمثبت من ل.

(٢) انظر: الأصل ٨/٤١ ـ ٤٣.

بَابُ
دعوى اللَّقيط[١]



قال أبو الحسن رحمه الله تعالى: إذا كان صبي منبوذ ليس في يد أحدٍ فادّعاه رجل حرّ مسلم أنه ابنه، فهو ابنه، وهذا استحسان، والقياسُ: أن لا يثبت.

وجه القياس: أن هذا حق يَدَّعِيْه لنفسه، فلا يثبت بمجرد دعواه كسائر حقوقه.

وجه الاستحسان: أن هذه الدعوى في معنى الإقرار؛ (لأنه أَقَرَّ على نفسه بحق الحفظ والنفقة)[٢]، وإقراره على نفسه جائز.

ولأن في إقراره منفعةً للصبي؛ لأنه يحتاج إلى من يتعاهده ويحفظه وينفق عليه، والرجل غير متهم في دعواه؛ فلذلك قبلت دعواه.

قال: وكذلك إن ادّعاه رجلان في قول أصحابنا جميعًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وقال الشافعي: نسب الولد لا يثبت إلا من واحد[٣].

لنا: ما روى سِماك عن حنش: أن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد، فعلقت الجارية ولم تدر من أيهما، فأتيا عمر فاختصما في الولد، فقال عمر: ما

---

(١) «اللَّقِيط: ما يُلْقط، أي: يرفع من الأرض، وقد غلب على الصَّبِيّ المنبوذ؛ لأنه على عَرَض أن يلقط». المغرب (لقط).
وفي معجم لغة الفقهاء: اللَّقِيط: «الآدمي الصغير الذي يوجد مرميًّا على الطريق، ولا يُعرف أبوه ولا أمه». (لقط).

(٢) ساقطة من ل.

(٣) انظر: مختصر المزني ص٣١٧؛ المهذب ٤/٤٤٤ (دار القلم).

أدري كيف أقضي في هذا ، فأتيا عليًا رضوان الله عليه ، فقال: هو بينكما ، يرثكما وترثانه[١] ، وهو للباقي منكما.

وروي عن الشعبي عن ابن عمر: (أن رجلين اشتركا في طهر امرأةٍ ، فولدت ، فدعا عمر بالقافة[٢])[٣] ، فقالوا: أخذ الشَّبَه منهما جميعًا ، فجعله بينهما.

وعن سعيد بن المسيب: أن نفرًا من التجار وقعوا على جارية بينهم في طهر واحد ، فاستتم حملها ، فأتوا بها عمر رضي الله عنه ، فدعا القافة ، فقال: كلهم قد نزل منه ، فقال لعلي رضي الله عنه: أي شيء تقول؟ فقال عليّ: (ليستقر ملكه عليكم) ترثونه ويرثكم.

ولأنه نوع نسب لو انفرد كل واحد منهما بالدعوة ثبت النسب منه ، فإذا ادّعياه وتساويا جاز أن يثبت منهما كالأبوين ، ولأنهما تساويا في سبب الاستحقاق ، [تساويا في نفي الاستحقاق كالأملاك.

وقال أبو حنيفة وزفر: يثبت النسب من الجماعة ، ولم يقدرا ، وقال أبو يوسف: أثبته من الاثنين ولا أثبته من ثلاثة ، وروى معلى عن أبي يوسف: أنه يثبت من [خمسة][٤] ، وقال محمد: يثبت من ثلاثة ولا يثبت من أكثر.

وجه قول أبي حنيفة وزفر: جمع تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا في الاستحقاق كالملك].

ـ (وأما المرأتان إذا ادّعتّا الولد ثبت نسبه منهما ، وقال أبو يوسف

---

(١) أخرجه الطحاوي كما ذكر ابن حجر في الدراية ٢/٨٩.
(٢) القافة من القائف: «وهو من يُحسن معرفة الأثر وتَتَبُّعه». المعجم الوجيز (قاف).
(٣) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار ٧/١٧٥؛ وابن حزم في المحلى ١٠/١٥١.
(٤) في الأصل (حيث) والمثبت بدليل ما يأتي في بيان وجه هذا القول.




ومحمد: لا يثبت.

وجه قوله: ما بَيَّنَّا) ـ[1].

وجه قولهما: أن القياس بنفي ثبوت النسب من أكثر من واحد، وإنما تركنا القياس لما روينا عن الصحابة، فما سواه يبقىٰ علىٰ أصل القياس.

[وجه قول محمد: أن الحمل الواحد يكون بثلاثة أولاد معتاد، فيجوز أن يكون كل واحد من واطئ، فإذا جاز أن يكون حمل الواحد ثلاثة، فالولد الواحد حمل واحد، فجاز أن يثبت من ثلاثة.

وجه رواية مُعَلَّىٰ عن أبي يوسف: أن الحمل الواحد أكثر ما صَحَّ عنده أنه يوجد خمسة، فإذا جاز أن يكون للولد الواحد أيضًا من خمسة اشتركوا فيه؛ لأنه حمل واحد].

(ثم عند أبي يوسف: لا يثبت نسب الولد إلا من رجلين، وعند محمد: يثبت من ثلاثة، وقد بَيَّنَّا ذلك في موضع آخر)[2].

قال: فإن التقط المنبوذَ رجلٌ فادعاه، فهو ابنه، ولا يقبل دعوىٰ غيره فيه (إذا كان هو في يده يدعيه مع دعوىٰ غيره معًا، أو قبل دعوىٰ غيره فيه)[3]، وهو ابن الذي في يديه؛ وذلك لأن الذي في يديه أسبق بدعواه، فثبت نسبه منه علىٰ ما بَيَّنَّا، ودعوىٰ غيره بعد ذلك في ولد ثابت نسبه من غيره فلا يقبل.

وأما إذا ادَّعَيَاه معًا، فقد تساويا في الدعوىٰ، ومع أحدهما يد، وقول

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل، وكأنها جملة معترضة في أ.
(٢) أيضًا ما بين القوسين ساقطة من ل، وكأنها عبارة مختصرة عما ورد في ل كما ذكرت.
(٣) ساقطة من ل.

الإنسان فيما في يده مقبول، وقول غيره لا يقبل فيه، فكان صاحب اليد أولىٰ.

قال: فإن ادَّعَاه غير الذي هو في يديه، (ولم يَدَّعِ الذي هو في يديه)[1]، فهو ابن للمُدَّعِيْ صَدّقه الذي هو في يده أو كَذَّبَه، وكان القياس أن لا تقبل [دعوىٰ][2] الخارج [فيه]؛ لأنه يستحق بدعواه إزالة[3] يَدِ غيره، فلا تقبل، كما لو أراد أخذه ليحفظه، وإنما استحسنه [٣٩٣/أ]؛ لأن يد الملتقط يد ضعيفة، بدليل أن للحاكم إزالتها وتسليمه إلىٰ غيره إذا رأىٰ فيه صلاحًا، ودعوىٰ الخارج فيها زيادة حق للصغير، وهو وجوب الحضانة، ويد[4] الملتقط لا يتعلق بها وجوب الحضانة، فكان الأنفع للصغير أولىٰ.

وليس كذلك إذا أراد الخارج أخذه من غير أن يَدَّعِيَ النسب؛ لأن اللقيط من جملة المباح الذي يجوز لكل واحد أخذه وإمساكه، فمن سبقت إليه يده كان أولىٰ به كسائر المباحات من صيود وغيرها.

قال: وإذا سبق الذي هو في يده بالدعوىٰ أو سبق الخارج، فهو للمدَّعِي الأول منهما، ولا تقبل دعوته فيه بعد الدعوىٰ الأولىٰ، إلَّا أن [يقيم الآخر][5] بينة أنه ابنه، فيكون ابن الذي أقام البينة دون المدّعي.

فإن كانت دعوىٰ المدعي قبل البينة، فالبينة بينته، وتبطل دعوىٰ المدعي؛ وذلك لما بَيَّنَّا أن السابق بالدعوىٰ يثبت النسب منه، فلا تقبل دعوىٰ الآخر منه.

(١) ساقطة من ل.
(٢) في أ (بينة) والمثبت من ل.
(٣) في ل (بدعواه يد غيره).
(٤) في ل (وجه).
(٥) في أ (يقوم للآخر) والمثبت من ل.

وأما إذا أقام البينة فقد قابلت البينة الدعوى، فالبينة أولى [منها]، ألا ترى أن صاحب اليد في المال محكوم له بحكم الملك فيه من طريق الظاهر، فلا يمنع ذلك من استحقاق [الخارج له] عليه بالبينة، فكذلك حكمنا بالنسب بالدعوى لا يمنع الاستحقاق عليه بالبينة.

قال: فإن ادّعاه رجلان خارجان، ليس اللقيط في يد واحد منهما، وحكى أحدهما علامة في بدن اللقيط فوجدت العلامة فيه على ما قال، فهو ابن لصاحب العلامة [دون] الآخر؛ وذلك لأن علمه بالعلامة يدل على سبق يده إليه، فكان أولى به، ولأن العلامة ترجح بها الدعوى بدليل متاع البيت بين الزوجين، ولأن مدعي اللقطة إذا وصف علامتها لزم الملتقط من طريق الدين أن يدفعها إليه، فدلّ على أن الحكم يتعلق بها[1] في الأصول.

وكان أبو الحسن يقول: إن وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح بالعلامة؛ لأنه ليس الرجوع إلى الموافقة أولى من المخالفة، فسقطت.

قال: وإن ادعى أحدهما اللقيط وقال: هو ابني، وهو غلام، فإذا هي جارية، فإني لا أصدقه على ذلك، ولا أقبل دعواه، لأنا تبيّنا كذبه فيما يدّعيه، والدعوى الكاذبة لا يلتفت إليها.

ولو ادَّعَى اللقيطَ رجلٌ فقال: هو ابني من زوجتي هذه ـ وهي حرة أو أمة ـ فصدقته المرأة فهو [ابنهما][2] جميعًا؛ [وذلك] لأن الحق لهما، وقد اتفقا عليه.

ولأن المرأة [إنما] لا يقبل قولها في النسب لحق الزوج، فإذا تصادقا ثبت،

---

(١) في ل (بالعلامة).
(٢) في أ (بينهما) والمثبت من ل.

ولم يبين أبو الحسن إذا كانت الزوجة أمة.

أما حكم اللقيط وهي مسألة منصوصة، قال أبو يوسف: يكون الولد مملوكًا لمولى الأمة، وقال محمد: يكون حرًا.

وجه قول أبي يوسف: أن النسب لما ثبت صار ولد أمة، وولد الأمة لا يكون حرًا إلا باعتراف المولى أو بالغرور، ولم يوجد هاهنا أحدهما[1]، فوجب أن يكون رقيقًا على حاله.

وجه قول محمد: أن العبد[2] يصدق في ثبوت النسب لما للقيط في ذلك من المنفعة، ولا يصدق في الرقّ؛ لأنه ضرر عليه، ألا ترى أن ذميًّا لو ادعاه لثبت نسبه منه ولم يصدق على الكفر؛ لأنه ضرر عليه، [فكذلك هاهنا][3].

قال: فإن ادعى اللقيطَ امرأةٌ أنه ابنها ـ وهي حرّة أو أمة ـ لم تصدق على ذلك حتى تقيم بينة أنها ولدته، فإن أقامت امرأة واحدة على الولادة قُبِل منها ذلك إذا كانت الشاهدة حرّةً عدلاً؛ وذلك لأن المرأة إذا ادّعت النسبَ حملته على صاحب الفراش، وقولها غير مقبول في إلحاق النسب بغيرها، ولأن النسب يثبت منها بالولادة، وذلك معنى يطلع عليه غيرها، فلا يثبت بقولها.

وأما إذا شهدت امرأة بالولادة، فالولادة تثبت بشهادتها، ثم يثبت النسب من صاحب الفراش بالفراش.

وقال في كتاب اللقطة: إذا وجد اللقيط بالكوفة فادّعاه رجل من أهل الذمة

---

(١) في ل بالتصريح (اعتراف ولا غرور).
(٢) في ل (أن الأمة).
(٣) في أ (كذلك هذا) والمثبت من ل.




أنه ابنه، فإنه لا يصدّق في القياس؛ لأن اللقيط حرّ مسلم، ولكن أستحسن أن يكون ابنه، ويكون مسلمًا، وهذا القياس ليس بقياس الأصل في أن لا يثبت نسب اللقيط بالدعوى، وإنما هو قياس آخر.

ووجهه: أن اللقيط الموجود في مصر المسلمين محكوم بإسلامه، ودعوى الكافر نسبه يقتضي أن يتبعه في دينه، فلا يجوز أن يبطل الإسلام المحكوم به.

وإنما استحسنوا؛ لأن ثبوت النسب فيه نفع، وثبوت الكفر فيه ضرر، وأحد الأمرين ينفرد عن الآخر، فيثبت ما فيه نفع للصغير، ويسقط ما فيه ضرر عليه، وليس يمتنع أن ينفرد الولد عن أبويه بالدين، مثل أن يُسبى في دار الحرب، فيحكم له بإسلامه وإن ثبت نسبه عن كافر.

وهذه المسألة على أربعة أوجه: إن وجد المسلم لقيطًا في مصر(١) المسلمين، فهو مسلم في الروايات كلها.

وإن كان الواجد ذميًّا وجده في مكان أهل الذمة كالبيعة والكنيسة، أو قرية من أهل الذمة، فهو على دين أهل الذمة.

وإن كان الواجد مسلمًا ووجده في مكان أهل الذمة، أو كان الواجد ذميًّا وجده في مصر أهل الإسلام، فقد اختلفت فيه الرواية.

قال في كتاب اللقيط: إذا وجد في مكان أهل الذمة فهو على دينهم، فاعتبر المكان، ولم يعتبر الواجد.

وذكر ابن سماعة عن محمد: أن المعتبر الواجد دون المكان.

---

(١) في ل (موضع).

وإن كان للقيط زيّ أهل الإسلام أو زيّ أهل الكفر فالمعتبر الزيّ دون الواجد والمكان.

وجهُ رواية كتاب اللقيط في اعتبار المكان: المعتبر الظاهر، والظاهر أن أهل الذمة لا يكون أولادهم في المساجد وفي مواضع المسلمين، والغالب أن المسلمين لا يلقون أولادهم في البِيَع، فاعتبر الظاهر من الأمرين، يبيّن ذلك أن [مَن التقط] لقيطًا في دار الحرب لم يحكم له بحكم الإسلام؛ لأن ظاهر البقعة[1] الكفر، كذلك هاهنا.

وجه الرواية الأخرىٰ: أنه اجتمع فيه سببان: المكان والواجد، وأحد [السببين][2] يقتضي الإسلام، فكان أولىٰ، لقوله ﷺ: «**الإسلام يعلو ولا يعلىٰ**»[3]، وقوله ﷺ: «**المسلمون يد علىٰ من سواهم**»[4]، ولهذا لو كان أحد الأبوين مسلمًا حكمنا للولد بإسلامه.

فإن كان الواجد كافرًا في موضع المسلمين؛ فلأن اللقيط كالتابع للواجد؛ لأنه في حكم المباحات التي تستحق [من يسبق] اليد [إليه]، فيتبع الواجد، وليس يمتنع أن يحكم له بحكم الإسلام إذا انفرد [٣٩٣/ب]، فإذا كانت عليه يدٌ لم يحكم له بذلك [كالصبي][5] إذا كان معه أحد أبويه.

(١) في ل (لأن الظاهر أن البقعة للكفر).
(٢) في أ (البينتين) والمثبت من ل.
(٣) أورده المناوي في التيسير وعزاه للدارقطني والبيهقي والضياء في المختارة ـ وقال: «بإسناد ضعيف» ـ، وعلقه البخاري في صحيحه. ١/٤٢٤.
(٤) رواه ابن ماجه (٢٦٨٤)؛ «وورواه الطبراني وفيه عبد السلام ابن أبي الجنوب وهو ضعيف» كما قال ابن الهيثمي في مجمع الزوائد ٦/٢٩٢؛ وابن خزيمة في صحيحه ٤/٢٦.
(٥) في أ (كالمسبئ) والمثبت من ل.

وأمّا وجه اعتبار الزيّ؛ فلأن السيماء يُستدل بها (على الحال، قال الله تعالى: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [البقرة: ٢٧٣]، ولأن اليهود لهم علامة يُخْتَصَّوْنَ بها، وكذلك)[١] النصارى.

وإذا وجد في الصبي زيّ المسلمين (لم يعتبر المكان، كالبالغ إذا كان في موضع الكفار عليه زيّ المسلمين)[٢]، ومتى كان على الصغير زيّ الكفار صار كالكبير إذا كان في دار الإسلام عليه زيّ الكفار.

وقال عطفًا على مسألة الذمي إذا ادّعى اللقيط: فإن أقام بينة من أهل الذمة لم تقبل، وإن كانوا من المسلمين قبلت، وإنما يعني أن البينة لا تقبل في نقله عن دين الإسلام، فأما النسب فثابت بالدعوى، وإنما لم تقبل [البينة]؛ لأنه محكومٌ بإسلامه في الظاهر، وشهادة أهل الذمة لا تقبل على المسلمين، وإن كانوا من أهل الإسلام فقولهم مقبول على جميع الناس، فيثبت النسب، ويلحق بالكافر في الدين.

وكان أبو الحسن يقول: المسألة موضوعة على أن اللقيط في يد مسلمٍ لا يدعيه، ولا تقبل شهادة أهل الذمة في استحقاق يد المسلم، وتقبل عليه شهادة المسلمين في استحقاق يده.

قال الشيخ أيّده الله: والصحيح أن يكون الفرق ما ذكرناه؛ لأن محمدًا ذكر في كتاب الدعوى في اللقيط: إذا كان في يد مُسلم لا يَدَّعِيْهِ، فادَّعَاهُ مسلم وذمي، فأقام المسلم بينة من أهل الذمة، [وأقام الذِّمِّيُّ][٣] بينة من أهل الإسلام، أن

---

(١) ما بين القوسين سقطت من ل.
(٢) ما بين القوسين سقطت من ل.
(٣) في أ (والذمة) والمثبت من ل.

المسلم أولىٰ به، فالمسلم استحق اللقيط بشهادة أهل الذمة.

وقال ابن سماعة في النوادر: عن محمد في الرجل يلتقط لقيطًا فيدعيه نصراني، قال: هو ابنه وهو مسلم، وإن كان عليه زيّ الإسلام فإني أجعله مسلمًا وأثبت نسبه من النصراني؛ لأن ذلك لا يضره، وهو ينفق عليه.

قال: وإن كان عليه زيّ الشرك فهو ابنه، وهو نصراني علىٰ دينه؛ وذلك مثل أن يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج، ووسط رأسه مجزوز، فهو علىٰ ما بَيَّنَّا عن محمد: أن المعتبر الزيّ إذا اختلف حكم المدعي والمكان.

قال: فإن التقط الذمي نفسه صبيًا وزيّه مُشْكِل، فادّعاه النصراني فإنه علىٰ دينه، وهو ابنه إذا ادّعاه، ولا أنظر في ذلك إلىٰ الموضع الذي وجده فيه إن كان مسجدًا أو غيره، وإنما هو لمن التقطه وادّعاه، وهذا علىٰ ما قدمّنا عن محمد: أن المعتبر ـ مع عدم [الدلالة][1] ـ الزِّي الواجد دون المكان.

وقال محمد في كتاب اللقطة: وإذا وُجِدَ اللقيط بالكوفة، أو في مصر من أمصار المسلمين، فأدرك كافرًا، فإنه يحبس ويجبر علىٰ الإسلام؛ لأنه وجد في مصر من أمصار المسلمين، واستحسن ذلك.

وذلك لأنا حكمنا بإسلامه بالدار، وكل من حكمنا له بالإسلام علىٰ طريق التبع لغيره لم يقتل بإظهار الكفر، كولد المسلم إذا [ملكه][2] كافر، وإذا لم يقتل حبس حتىٰ يعود إلىٰ الإسلام، كالمرأة.

قال: وإذا وُجِدَ اللقيطُ في كنيسة أو بيعة أو [في] قرية ليس فيها إلا مشركون،

(١) في أ (دلالة) والمثبت من ل.
(٢) في أ (بلغ) والمثبت من ل.

فإنه بمنزلة أهلها ، فإن أدرك كافرًا لم أجبره على الإسلام ؛ وذلك لأن الدار دار كفر ، فالظاهر أن اللقيط من أهلها ، فإذا بلغ على دينهم لم نعترض عليه.

قال: فإن التقطه مسلم وكان عند المسلم يربّيه ، ثم ادعاه رجل من أهل تلك القرية من الكفار ، فإني أجيز دعواه ، ولو مات قبل أن يدعيه لم أُصَلِّ عليه ، وذلك لأنا حكمنا له بحكم البقعة ، فإذا ادّعاه ذِمِّيٌّ قُبِلَ قوله كما يقبل قول[1] المُسلم في لقيط المسلم ، ولا يصلى عليه إن مات قبل الدعوى أو بعدها ؛ لأنه محكوم له بالكفر ، كولد الكافر المعروف.

قال: وإذا وَجَدَ الذِّمِّيُّ لقيطًا في مصر من أمصار المسلمين أو [في] قرية من قُرَاها ، فكان في يده حتى مات فينبغي للمسلمين أن يُصَلُّوْا عليه ؛ لأنه محكوم بإسلامه بوجوده في دار الإسلام ، فيصلَّى عليه كأولاد المسلمين.

فإن وجد في قرية فيها مسلمون وكافرون ، فوجده مسلم ، فكان في يده حتى مات ، فإني أستحسن أن أُصَلِّيَ عليه ؛ وذلك لأن الغالب على الدار[2] حكم الإسلام وإن كان فيها كفار ، فوجب أن يصلى عليه.

قال في الأصل في كتاب الدعوى: وإن كان الذي ادّعاه ذميًّا ، والشهود مسلمون ، أجزت ذلك ، وإن كان الذي ادّعاه ذميًّا والشهود ذمِّيُّون ، واللقيط في يد ذمي وجده في قرية من قرى أهل الذمة ، أو كنيسة أو بيعة ، قبلت الشهادة ؛ وذلك لأن المدعي إذا أقام شهودًا مسلمين جاز أن يستحق يد المسلمين بشهادتهم ، فيحكم للمدعي باللقيط ، وإذا كان الشهود ذميين والملتقط مسلمًا لم

(١) في ل (دعوى).

(٢) في ل (الكفار).

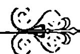
تقبل شهادتهم؛ لأن يد المُسلم لا تزال بشهادة أهل الذمة.

وهذا إنما يريد به أن الشهادة لا تقبل في إثبات دين اللقيط، فأما في نسبه فإنه يثبت بمجرد دعوى الذمي على ما بيّناه.

وأما إذا كان في يد ذمي وجده في قرية أهل الذمة، قبلت شهادة أهل الذمة؛ لأنها تقبل في إزالة يد الذمي[1]. [والله أعلم].



(١) انظر: الأصل ٢٤١/٥ ـ ٢٤٨، ٤٠٦/٦، ٧٤/٨ وما بعدها.

بَابُ
اختلاف الدعوى في اللقيط



قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا أقامَ الرجل شاهدين على اللقيط أنه ابنه، وأقامت امرَأة شاهدين أنه ابنها، جعلته ابنهما؛ لأن مقتضى كل واحد [من البيّنتين][1] لا ينافي مقتضى الأخرى، فيثبت النسب منهما، وصار ابنه منها.

قال: وإن ادّعى أحدهما أنه ابنه، وادّعى الآخر أنه عبده، وأقاما البينة، قضيت به للذي ادّعى أنه ابنه؛ وذلك لأن إحدى البينتين تضمنت النسب والحرية، والأخرى تضمنت الرق، فإثبات الحرية أولى[2].

وإذا أقام أحدهما [بيّنةً] أنه عبده، ولم يقم الذي ادّعى أنه ابنه [البيّنة]، قضيت به عبدًا له؛ لأن البينة إذا قابلتها الدعوى فالبينة أولى.

فإن أقام أحدهما البينة أنه ابنه من هذه المرأة الحرة، وأقام الآخر البينة أنه ابنه من هذه الأمة، قضيت به للذي هو الحر، وهو ابن الحر والحرة، وأعتقه؛ وذلك لأن ابن الزوجة الأمة رقيق، فالبينة الأخرى تثبت الحرية، فهي أولى.

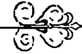
ولو أقام الآخر البينة أنه ابنه من امرأة حرّة جَعلته منهما، وابناً للمرأتين جميعًا في قياس قول أبي حنيفة، وأما في قول أبي يوسف ومحمد فهو ابن الرجلين [٣٩٤/أ]، ولا يكون ابن المرأتين (إلا في هذه المسألة)[3].

---

(١) في أ (منهما) والمثبت من ل.

(٢) في ل (كانت البينة أولى منها).

(٣) ساقطة من ل.

أما ثبوت النسب من رَجلين فهو قول أصحابنا جميعًا، وقال الشافعي: لا يثبت النسبُ من اثنين، ويرجع فيه إلىٰ قول القافة[1].

والأصل في ذلك: ما روي أن عمر بن الخطاب كتب إليه في جارية بين رجلين جاءت بولد، فادّعياه، فقال إنهما لَبَّسا فلبّس عليهما، ولو بَيَّنَّا لبيّن لهما، وهو ابنهما، يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، و[روي] عن عليّ رضوان الله عليه مثل ذلك.

ولأن البُنُوَّة معنىٰ يتعلق بالإرث لا يلحقه الفسخ، فجاز أن يثبت للواحد علىٰ اثنين كالأبوة والولاء.

والدليل علىٰ أنه لا يرجع فيه إلىٰ قول القافة: أن ذلك من أحكام الجاهلية، وقد ذمّ الله تعالىٰ أحكامهم بقوله: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾ [المائدة: ٥٠]، ولأن القائف لا يقبل قوله في إثبات النسب مع قيام الفراش، فلا يقبل مع عدم الفراش كالكافر والفاسق.

ولأن القائف يرجع إلىٰ الشَّبَه والظاهر، وهذا المعنىٰ يشترك فيه جميع الناس، وقول غير القائف لا يقبل فيه، كذا قول القائف[2]، وإذا ثبت بطلان القول بالقافة، ثبت ما ذكرنا.

وقد قال أبو حنيفة علىٰ هذا الأصل: أن النسب يثبت من ثلاثة وما زادوا وإن كثروا؛ لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق، والشيء عنده مما يصح فيه الاشتراك، فهو كالأموال.

---

(١) انظر: مختصر المزني ص٣١٧؛ المهذب ٤/٤٤٦.

(٢) في ل (فإذا لم يقبل قول غير القائف فيه، فقول القائف مثله).




وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين ؛ لأن القياس عنده ينفي ثبوت نسبه من أكثر من واحد، وإنما ترك فيه القياس بخبر عمر، فما سواه بقي على أصل القياس.

وأما محمد فقد قال: يثبت نسبه من ثلاثة، ولا يثبت من أكثر [من ذلك] ؛ لأن المرأة قد تحمل ثلاثة أولاد في بطن واحد، فيجوز أن يكون كل ولد من واحد، وإذا اجتمعت [في حمل واحد][1] جماعة جاز أن يكون الولد الواحد مخلوقًا من مائهم.

وأما ثبوت النسب من امرأتين وأكثر [من ذلك]، فيجوز عند أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز.

وجه قوله: أنهما تساويا في السبب الذي به يستحق كالرجلين، فإن قيل: يجوز أن يخلق [الولد] من ماء رجلين، ولا يجوز أن تلد امرأتان ولدًا [واحدًا].

قلنا: عند أبي حنيفة تثبت أحكام الولادة لهما[2] من الحضانة والإرث وغيره، ولا تثبت الولادة، وهذه الأحكام [قد] ينفرد عن الولادة؛ [فلذلك جاز][3] إثباتها.

وجه قولهما: أنه يستحيل ولادة امرأتين ولدًا واحدًا، فإذا شهدت البينة لهما [بالنسب] فقد عرفنا كذب إحداهما، فلا يجوز قبولها، وأما الرجلان فيشتركان في الوطء، فيجوز أن يخلق الولد من مائهما.

---

(١) في أ (الجملة) والمثبت من ل.
(٢) في أ (من الولادة لهما) مكررة.
(٣) في (فجاز) والمثبت من ل.

قال: فإن وقتت كل بينة وقتًا معروفًا يعرف في الصبي أنه على وقت أيهما، جعلته لصاحب الوقت؛ لأن سنّ الصبيّ إذا وافق أحد الوقتين ثبت كذب البينة الأخرى، فلم يلتفت إليها.

وأما إذا أشكل السنُّ ولم يشهد لإحدى البينتين، فينبغي في قياس قول أبي حنيفة: أنه يقضى به للأول، وفي قول أبي يوسف ومحمد: يقضى به بينهما.

وجه قول أبي حنيفة: أن السنّ[1] لما لم يشهد لإحدى البينتين سقط اعتبارها، والمثبت للتاريخ[2] الأول يستحقه من ذلك الوقت، ولا منازع له فيه، فهو أولى.

وجه قولهما: أن السنّ لو وافقه أحد التاريخين كان أولى، فإذا أشكل الأمر سقط حكم التاريخين، فكأنهما أطلقا البينة.

قال: وإذا ادَّعى اللقيطَ رجلان، فأقام أحدهما البينة أنه ابنه، وأقام آخر البينة أنها ابنته، فإذا هو خنثى، فإن كان يبول [من] حيث يبول الغلام جعلته للذي ادّعى أنه ابنه، وإن كان يبول حيث مبال النساء فهو لمن ادّعى أنها ابنته؛ وذلك لأن الولد لو لم يكن خنثى نظرنا إلى حاله، فإن كان غلامًا قضي [به] للذي[3] شهدوا أنه ابنه؛ لأنّ الحال أكذبت المدّعي الآخر، فإن كانت جارية قضي بها لمدعي البنت؛ لأن الحال أكذبت مدَّعي الابن.

فإذا كان خنثى وجب اعتبار البول، فإن كان يبول من أحد السبيلين أو كان

---

(١) في ل (البينتين).
(٢) في ل (للتنازع).
(٣) في ل (قضي به للذي شهد له بالابن).




يسبق بوله من أحدهما[١]، فإن كان من مبال الغلام فهو لمدعي الابن، وإن سبق من مبال الجارية، فهو لمدعي الجارية.

ولم يعتبر أبو حنيفة كثرة البول من أحد المخرجين، واعتبره أبو يوسف ومحمد.

قال: وإذا ادعى اللقيطَ رجلان ذميٌّ ومسلمٌ، جعلته ابن المسلم؛ لأن دعواه تثبت الإسلام، وفيه منفعة للصبي؛ لأنه يصير مسلمًا بإسلامه، فتثبت يده عليه، فكأنهما ادعياه وهو في يد أحدهما.

وكذلك لو ادعته ذميّةٌ ومسلمةٌ، كل واحدة جاءت بامرأة تشهد بالولادة، جعلته للمسلمة؛ لأنه يصير مسلمًا بإسلامها، فتثبت يدها عليه، فتكون أولى من الكافرة.

قال: ولو شهد لمسلم ذميّان، وللذمي مسلمان، قضيت به للمسلم؛ لأن بينة كل واحد [منها] حجّة مقبولة على الآخر، فتساويا، فالمسلم أولى[٢].



(١) في ل (فهو غلام، فيقضى لمدعي الابن، وإن كان يبول من حيث تبول الجارية، أو بوله ذلك الفرجة، فهو جارية).

(٢) انظر: الأصل ٨/٧٤ ـ ٧٦.

بَابُ
الإقرارِ بولدِ الزنَا



قال أبو الحسن رحمه الله تعالىٰ: إذا زنىٰ الرجل بامرأة، فجاءت بولد، فادّعاه الواطئ، لم يثبت نسبه منه، ولم يكن ابنه، وهو ثابت النسب من أمه؛ وذلك لقوله ﷺ: «**الولد للفراش، وللعاهِر الحجر**» يعني لا شيء له، ولأن انتفاء النسب من الزاني لحق الله تعالىٰ، فاعترافه به لا يؤثر ولا يفيد.

وأما الأم فالنسب يثبتُ منها بالولادة، وذلك موجود في الزنا وغيره.

قال: وإذا كان للرجل عبد صبي من أمة له، فادّعىٰ رجل أنه ابنه من الزنا، وصدقه المولىٰ بذلك أو كذَّبه، (فإن أبا حنيفة قال)[1]: لا يثبت النسب من هذا.

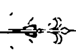
فإن ملك الصبي عتق عليه، ولم يثبت نسبه، وإن ملك أمّه لم تكن أم ولد له، وكان له أن يبيعها؛ وذلك لأنه ادعىٰ النسب من جهة لا يجوز ثبوت النسب منها، فتصديق المولىٰ وتكذيبه سواء.

وأما عتقه إذا ملكه؛ فلأنه في حكم الجزء منه؛ لأنه مخلوق من مائه، والإنسان لا يملك أجزاءه.

وأما الأم فلا تصير أم ولد له؛ لأن الاستيلاد فرع لنسب الولد لا لحرّيّته، فإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد.

---

(١) ساقطة من ل.

قال: ولو كان الصبي عبدًا لأب المدّعي، أو لعمه، أو لخاله، أو لامرأته، فهو سواء؛ لأن الزنا بجواري هؤلاء لا يثبت النسب به؛ لأنه لا شبهة للواطئ في الموطوءة.

وإن كان له شبهة في الفعل، فالنَّسب [٣٩٤/ب] إنّما يثبت لشبهة في الموطوءة.

قال: وإن كان مولى الصبي ابن المدّعي، ثبت النسب منه، وإن كان من الزنا، فيضمن قيمة أمه؛ لأن وطء الأب جارية ابنه ليس بزنا؛ لأن له شبهة ملك في رقبتها، وشبهة الملك في الموطوءة كنفس الملك، ألا ترى أن شبهة النكاح جعلت كنفس النكاح في ثبوت النسب، فإذا كان كذلك فقط غلط في قوله أنه من زِنا، فيثبت النسب ولا يعتد بقوله.

قال: وإن كان المدعي قال: هو ابني، ولم يقل من زنا، وهو [بمنزلة] الأب في جميع ما ذكرت لك، ثم مَلَكَهُ، فإنه يلزمه نسبه، ويعتق؛ لأنه أقرَّ بالنسب، ولم يبيّن جهته، فالظاهر أنه أقرَّ به من جهةٍ يجوز ثبوت النسبِ منها، فحمل قوله على الصحة، ولم يثبت النسب في حال الإقرار؛ لأنه لا يملكه، فإذا ملكه نفذ إقراره، وكذلك لو قال: هو ابني من نكاح فاسد، أو شراء فاسد، وأحلّها لي [الله تعالى][1]، أو ادعى شبهةً بوجه من الوجوه، فكذّبه المولى، فإنه لا يكون ابنه مادام عبدًا.

فإن ملكه المدعي يومًا [ما] عتق عليه.

وإن ملك أمةً كانت أم ولد؛ لأنه ادّعى النسب، وبيَّن جهةً يجوز ثبوت النسب منها، فلم يقبل [قوله] فيه لحق المالك، فإذا ملك لم يبق إلا حق نفسه،

---

(١) الزيادة من البدائع، ١٢٨/٤.

فيثبت نسبه منه.

قال: ولا يجوز دعوة الجد من قبل الأم في ذلك؛ لأن الأب إنما تقبل دعواه للولاية التي ثبتت له في مالِ ولده في[1] صغره، فتستدام تلك الولاية وحكمها بعد البلوغ، وأب الأم لا ولاية له عليه، فهو كسائر الأقارب.

وأما أب الأب، فلا تقبل دعواه مع بقاء الأب؛ لأنه لا ولاية له عليه.

وإن كان العلوق من الجد والأب ميت، قبلت دعوته؛ وذلك لأن له ولاية عليه، فصار كالأب.

قال: وإذا كان للرجل امرأة، فولدت على فراشه، فقال الزوج: زنيتِ بفلانٍ، وهذا الولد منه، وأقرَّتْ المرأة بذلك، وأقر بذلك فلان، فإن نسب الولد ثابت من الزوج صاحب الفراش، ولا يصدق واحد منهما على نفي الولد.

قال: وكذلك لو كانت أمة [قد] تزوّجها، أو كان النكاح فاسدًا؛ لأن الولد المولودَ على الفراش يثبت نسبه، فإذا تصادقا على نفيه فقد أسقطا حق الولد عن النسب بتصادقهما، [وهما يملكان إسقاط حقهما، ولا يملكان إسقاط حق ولدهما، فلم يلتفت إلى تصادقهما][2]، فلم يجز.

قال أبو حنيفة: لو أن رجلاً تزوج امرأة لا تحل له، فأغلق بابًا وأرخى سترًا، فُرِّقَ بينهما، ولا يكون لها عليه مهر، فإن جاءت بولد لستة أشهر منذ تزوجها ثبت نسبه منه وعليه المهر.

---

(١) في ل (حال الصغر).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقطة من أ، وزيدت من ل.

وكذلك لو جاءت به لستة أشهر منذ أغلق الباب وأرخىٰ الستر؛ وذلك لأن النكاح الفاسد سَبَبٌ لثبوتِ النسب كالنكاحِ الصحيح، (وكما يثبت النسب في النكاح الصحيح)[1] لستة أشهر، وكذلك في الفاسد.

وأما المهر فلا يجب في العقود الفاسدة إلا بالتسليم؛ وذلك إنما يكون بالوطء.

وأما الخلوة فإنها توجد، وهناك منع من جهة الله تعالىٰ فلا تصح الخلوة، ولا يثبت بها المهر.

فإن قيل: النكاح الفاسد لا يتعلق به حكم ما لم ينضم إليه الدخول، بدليل انتفاء المهر، وتحريم المصاهرة.

قلنا: النسب لا يثبت بنفس العقد، وإنما بالعقد يثبت شبهة الفراش، فيثبت به النسب لذلك، ويصير الوطء محكومًا به لثبوت النسب، فلذلك[2] يجب المهر، وقد ثبت النسب بأسباب ضعيفة، ألا ترىٰ أنه يثبت بالإملاك من المولىٰ وإن لم يتعلق به حكم الإباحة، فجاز أن يثبت أيضًا بشبهة العقد.

[قال]: فإذا ادعىٰ[3] الرجل الصبيَّ في يد امرأة، فقال: هو ابني من زنا، وقالت المرأة: هو من النكاح، لم يثبت نسبه منه.

فإن قال بعد ذلك: هو من نكاح، ثبت نسبه؛ لأنه أقر بجهة لا يثبت منها

(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.
(٢) في ل (فلذلك حكم المهر).
(٣) في ل (وإذا أقر الرجل لصبيّ).

النسب ، وادعت هي عليه النسب ، فلم يقبل قولها ، فإذا عاد إلىٰ تصديقها فقد تصادقا علىٰ النسب ، فيثبت.

وكذلك لو قال رجل لصبي في يد امرأة: هو ابني من نكاح منكِ ، وقالت: هو ابنك مني من الزنا ، لم يثبت نسبه منه ، فإن قالت بعد ذلك: هو ابني منك من نكاح ، ثبت نسبه ؛ لأنه ادعىٰ نسبَ ولدها ولم يصدقه علىٰ ذلك ؛ لأن النسب لا يثبت من الزنا ، فلم يصدق عليها بدعواه ، فإن عادت إلىٰ تصديقه فقد اجتمعا علىٰ ثبوت النسب ، فيثبت[1].



(١) انظر: الأصل ٨/١٠٦ ـ ١٠٩، ٣٩٠.

بَابُ
البينة على دعوى الولدِ

قال: وإذا كان غلام قد احتلم ادّعىٰ علىٰ رجل وامرأته: أنه ابنهما، وجحدا ذلك، فأقام عليهما البينة أنهما أبواه، وأن هذه المرأة ولدته من هذا الرجل علىٰ فراشه، وادّعىٰ الرجل الآخر وامرأته أن هذا الغلام ابنهما، وأقامَا البينة علىٰ ذلك، فإني أثبت النسب للغلام من الأب والأم الذين ادعاهما الغلام، فأبطل نسب الأب والأم الذين أنكرهما الغلام؛ وذلك لأن الغلام في يد نفسه، وقد قامت البينة علىٰ الولادة، وأقام الخارجان البينة عليه، فصار كدعوىٰ النتاج إذا تعارض فيه بينة صاحب اليد والخارج.

قال: ولو كان الغلام نصرانيًا، فأقام شاهدين من المسلمين علىٰ رجل من النصارىٰ وامرأته من النصارىٰ أنه ابنهما، ولدته هذه المرأة علىٰ فراش هذا الرجل، وادّعىٰ مسلم وامرأته مسلمة [علىٰ] أنه ابنهما، ولدته هذه المرأة [المسلمة] علىٰ فراش هذا الرجل المسلم، وأقام علىٰ ذلك بينة من المسلمين، فإني أقضي به للنصراني والنصرانية؛ وذلك لأن البينتين تساويا، والغلام في يد نفسه، فبيّنته أولىٰ من بينة الخارج.

ولا يقال: إن بَيِّنَةَ المسلمين تقتضي إسلامه، وبَيِّنَةَ النصراني تقتضي كفره، فبينة[1] الإسلام أولىٰ؛ وذلك لأن اليد والإسلام إذا تعارضا، فاعتبار اليد في النسب أولىٰ؛ لأن اليد بانفرادها يستحق بها، والإسلام لا يستحق به.

---

(١) في ل (فالبينة التي تقتضي).

قال: ولو كانت بينة الغلام نصارىٰ، أخذت [بِبَيِّنَة] المسلمين، وقضيت به للمسلمين، وأجبرته علىٰ الإسلام، وأبطلت بيّنة النصارىٰ؛ لأن شهود الغلام لا يقبل قولهم علىٰ المسلمين، فسقطت بينته، فكأنّه ادعىٰ وقابلت دعواه البينة، فالبينة أولىٰ.

قال: ولو أن غلامًا قد احتلم أقام البينة أنه ابن فلان [٣٩٥/أ] ولد علىٰ فراشه من أمته فلانة، والرجل حيّ ينكر ذلك، ويقول: عبدي، وُلد من أمتي هذه، زوجتها عبدي فلانًا، فولدت هذا الغلام منه، وأقام علىٰ ذلك بينة، والعبد حيّ يدّعي ذلك، ويقول: ابني من امرأتي، فإنه ابن العبد؛ وذلك لأن الغلام يدعي النسب بفراش الملك، والعبد يدعي النسب بفراش الزوجية، وفراش الزوجية أقوىٰ، ألا ترىٰ أن المولىٰ إذا زوّج أمته فجاءت بولد فادّعياه، كان دعوىٰ الزوج أولىٰ؛ ولأن فراش الزوجية لا يُنفىٰ النسب فيه بقوله، وفراش الملك ينتفىٰ بقوله فيه النسب، فكان فراش الزوجية أقوىٰ، فهو أولىٰ.

ولو ادعىٰ الولد أنه ابن العبد من هذه الأمة، وأقام بينة علىٰ ما ذكرنا، فأقر العبد بذلك، وادّعىٰ المولىٰ أنه ابنه، جعلته ابن العبد وأعتقته؛ لأن فراش النكاح أقوىٰ علىٰ ما ذكرنا، ويعتق بدعوىٰ المولىٰ النسب؛ لأن دعواه تضمن النسب والحرية، وأحدهما ينفرد عن الآخر، فإذا بطل النسب ثبتت الحرية.

قال: ولو كان العبد ميتًا ـ والمسألة علىٰ حالها ـ فأقام الغلام بيّنة علىٰ ذلك، وأقام ورثة المولىٰ بينة علىٰ ما ذكرنا في أول الكتاب، وأمُّ الغلام ميتة، فإني أثبت نسبه من المولىٰ، وأجعله ابنه، وأورثه منه، ولا أجعله ابن العبد.

وإنما عني بهذا: أن الغلام أقام البينة أنه ابن المولىٰ، وأقام ورثة المولىٰ

البيّنة أنه ابن العبد، والعبدُ ميّت، فبيّنة الغلام أولىٰ؛ لأن الورثة ليسوا بخصوم للعبد الميت في إثبات النسب له، فسقطت بينتهم، وبقيت بينة الغلام بلا معارضة، فهي أولىٰ.

قال: ولو مات الرجل وترك مالاً كثيرًا، وأقام غلام قد احتلم بينة أنه ابن الميت من أمته فلانة، وأنه قد كان يملك فلانة قبل أن تلده، وأن الميت أقرَّ أنه ابنه، وأنها ولدته في ملكه، ومثله يولد لمثله، وأقام رجل آخر البينة أن هذا الغلام عبده، وأن أمه أمته، زوّجها عبده فلانًا فولدت هذا الغلام علىٰ فراشه، والعبد حيّ يدّعي ذلك أو ميّت، فإن كان حيًّا يدّعي قضيت له بالنسب، وأقضي بالأمة إن كانت حيَّةً للمدّعي.

وإن كان العبد ميتًا، أثبت نسب الغلام من الحي، وورثته منه، وجعلت أمه أم ولدٍ؛ وذلك لأن العبد إذا كان حيًّا فهو يثبت فراش النكاح، وذلك أقوىٰ من فراش المِلك، فكان إثبات النسب منه أولىٰ.

وإن كان ميتًا، فلا مدعي للبينة التي أقامتها الورثة، فسقطت وبقيت بينة الغلام علىٰ ثبوت النسب من الحر، فيقضىٰ بها.

قال: وإذا كان الغلام وأمه في يد رجل، فادّعاه آخر وأقام بينة أن هذه الأمة ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه، وأقام الذي هو في يده البينة أنها أمته، ولدت هذا الغلام منه وفي ملكه وعلىٰ فراشه، والغلام صغير لا يتكلم، أو قد احتلم ومثله يولد لمثله، وهو مدعي أنه ابن الذي هو في يديه، فإني أقضي به للذي هو في يديه؛ وذلك لأن البينتين تعارضتا علىٰ الولادة، فبينة صاحب اليد أولىٰ.

وإن كان [الغلام] يدعي أنه ابن الآخر، فإني أقضي بالأمة والغلام للمدعي؛

لأن الغلام في يد نفسه، وبينته أولىٰ من بينة الذي في يده الجارية، وصار كبينة صاحب اليد والخارج.

قال: وإذا كانت الحرّة لها ابن، وهما في يد رجل، فأقام آخر البينة أنه تزوجها، فولدت هذا الغلام منه علىٰ فراشه، (وأقام الذي في يديه البينة أنه تزوجها، وأنها ولدت هذا الغلام منه علىٰ فراشه)، والغلام يتكلم، ويدعي[1] أنه للذي هو في يديه[2]، وأنه أباه، فإني أقضي بالمرأة وبالولد للذي هو في يديه، وأجعله أولىٰ بالنسب وبالدعوىٰ؛ وذلك لأن الغلام إذا كان يتكلم فهو في يد نفسه، فالبينة التي يدعيها أولىٰ.

ولو كان الذي في يديه من أهل الذمة، وشهوده مسلمون، والمرأة ذمية، قضيت بالمرأة والولد الذي هما في يده؛ لأن بينته تقبل علىٰ المسلمين، وهو في يد نفسه، فيقضىٰ له به.

فإن أقام المدعي البينة أنه تزوجها في وقت، وأقام الذي في يده علىٰ وقت دونه، فإني أقضي بها للمدعي؛ لأن النكاح الثاني حصل وهي تحت زوج، فهو فاسد، وفراش النكاح الصحيح أولىٰ.

قال: ولو أن رجلاً في يديه امرأة وولد، وأقام البينة أنها امرأته تزوّجها، وولدت علىٰ فراشه، وأقام الآخر البينة أنها أمته، ولدت منه هذا الغلام في ملكه، وعلىٰ فراشه، فإني أقضي به للزوج، وأثبت نسبه منه إن شهد الشهود أنها غرّته من نفسها، فإن لم يشهدوا بذلك جعلت الأمة وابنها مملوكين للمدّعي، وأثبت

---

(١) ساقطة من ل.

(٢) في ل (أن الذي في يديه أبويه).

نسبه من الزوج، وأعتقت الولد بإقرار المدعي أنه ابنه، وأجعل[1] أمه بمنزلة أم الولد؛ وذلك لما قدّمنا أن فراش النكاح والملك إذا اجتمعا، ففراش النكاح أولىٰ.

قال: ولو أن رجلاً في يديه أمة لها ولد، فأقام آخر البينة أنها أم ولد أبيه، ولدت [هذا الولد] علىٰ فراش أبيه، وأبوه ميت، وشهدوا أنها ولدته في ملكه، وشهد الشهود الآخرون أنها أمة الذي هي في يديه، ولدت [الولد] في ملكه وعلىٰ فراشه، وأنه ابنه، قضيت بالولد للميت الذي ليس في يديه، وجعلت الأمة حرّة، وولاؤها للميت؛ وذلك لأن البينتين تعارضتا في ملك الأم، فبيّنة الخارج أولىٰ؛ ولأن بينة الابن تثبت حريّة أم الولد، لأنها عتقت[2] بموت أبيه، وبينة الآخر تثبت رق أم الولد، فمثبت الحرية أولىٰ[3].



(١) في ل (وأجعلها أمة).
(٢) في ل (بالولادة وبيّنة الأخير تثبت رواية الملك).
(٣) انظر: الأصل ٤١/٨ ـ ٤٣، ٥٥.

بَابُ
الاستحلافِ على الدعوى



قال أيده الله: هذا الباب أبتدئ فيه بما يُستحلف فيه وما لا يُستحلف، وقد بَيَّنَّا الخلاف في النكاح، وذكرنا أن عند أبي حنيفة لا يستحلف في النكاح والرجعة، والفيء في الإيلاء، والنسب، والرِّقِّ، والاستيلاد، والولاء. وعند أبي يوسف ومحمد: يستحلف في جميع ذلك.

وأجمعوا: أنه لا يستحلف في الحدود، واللعان؛ وذلك لأنه من أحكام القذف كالحدود.

وكل ما لا يستحلف فيه لا يصح بذله، والنكول بذل[1]، وإنما يحكم فيه بالبيّنة أو بالإقرار.

قال: فإن كانت الدعوىٰ في النسب، فإقرار الرجل يجوز بالابن والأب والزوجة والمولىٰ [ويجوز إقرار المرأة بالأب والزوج والمولىٰ]؛ وذلك لأن الرجل إذا أقر بالأب، أو الزوجة، فهو حق يلزمه نفسه، (وإقرار الإنسان علىٰ نفسه مقبول، وكذلك إذا أقر بالولاء، وإذا أقر بابن فهو معنىً يلزمه نفسه) دون زوجته؛ لأنه يملك [استلحاق][2] النسب من غيرها، [وأما المرأة إذا أقرت بأب أو زوج أو مولىً، فهي فيه كالرجل؛ لأنها تُلزم نفسها، فقاما].

(١) في ل (فإنه لا يحكم فيه بالنكول).
(٢) في أ (استحقاق) والمثبت من ل.




وأما المرأة إذا أقرت [٣٩٥/ب] بالولد لم يُقبل إلا بعد إقامة البيّنة على الولادة؛ لأنها تُلزمُ زوجها حقًّا بإقرارها، وإقرار الإنسان لا يُقبل على غيرهِ؛ ولأنه لا يخلو إما أن يكون لها زوج معروف فهو يلزمه النسبُ، أو غير معروف، فيجوز أن يظهر لها زوج.

وقد قالوا: إن من شرط الإقرار بالنسب أن يكون مدّعي الابن يلد مثله، والمدعي الأب يولد له مثله، وأن يكون المدعي صدّق المدّعي في دعواه، ولا يكون للمدعىٰ نسبٌ معروف[١].



(١) انظر: الأصل ٣٨٩/٨ ـ ٣٩١.

بَابُ
دَعْوَى الولدِ بعدَ العِتْقِ



قال أبو الحسن رحمه الله: وإذا أعتق الرجل عبدًا صغيرًا، ثم ادّعىٰ أنه ابنه، وقد ولد عنده أو لم يولد، فإن أبا حنيفة قال: هو ابنه، وإن كان كبيرًا فأقر بذلك فهو ابنه، وإن جحد لم يكن ابنه؛ وذلك لأنه إذا كان صغيرًا فهو في يد الرجل[1]، فقوله مقبول فيه، وإن كان كبيرًا فهو في يد نفسه، فيرجع إلىٰ تصديقه.

قال: وإذا كانت مدبّرة بين رجلين جاءت بولد، فادَّعَىٰ أحدهما الولد، فإن أبا حنيفة قال: نسبه ثابت منه، ويضمن نصف قيمتها مدبرة ونصف عقر أمة.

فإن مات أبو الولد وحده عتق نصيبه من الأمة من جميع المال، وسعت للآخر في نصف قيمتها مدبرة، ولو لم يمت أبو الولد ومات الآخر عتق نصيبه من الثلث، وعتق نصيبُ أبي الولد، [ولا سعاية علىٰ أم الولد].

وأما جواز الدعوىٰ في المدبرة المشتركة، فكان القياس أن لا يجوز دعوىٰ أحدهما؛ لأن ولاء الولد ثابت لهُما بالتدبير، فإذا ادعىٰ أحدهما أنه ابنه فقد زعم أنه حرّ الأصل، فيُريد أن يُسقط الولاء الثابت، والولاء لا يلحقه الفسخ.

وأمّا الاستحسان: فلأن الولاء والنسب يجوز أن يجتمعا، ألا ترىٰ أن الرجل يشتري ابنه فيعتق عليه، ويكون ولاؤه له، ونسبه ثابت منه، وإذا جاز اجتماعهما لم يمنع الولاء الثابت من الدعوىٰ، ويجب العقر؛ لأنه اعترف بوطء مدبرة غيره،

(١) في ل (يديه).




والوطء في ملك الغير إما أن يتعلق به مهر أو حد، وقد سقط الحد للاشتراك في الجارية، فثبت نصف[1] العقر، ولا تصير أم ولد؛ لأن الاستيلاد يثبت في الجارية المشتركة لانتقال نصيب [الشريك][2] إلىٰ شريكه، [والمدبَّرة][3] لا يصح نقل الملك فيها إلىٰ أحد، ويجب نصف قيمة الولد؛ لأنه أتلفه علىٰ شريكه بدعواه، ومن أتلف ولد المدبرة ضمنه.

وليس هذا كالأمة المشتركة؛ لأن هناك يثبت الاستيلاد في الأم، وينتقل الملك [إليه] فيها بالعلوق، ولا قيمة للولد في ذلك الوقت.

وفي مسألتنا لا تنتقل الجارية فيحدث الولد علىٰ ملك الشريك، فإذا أتلفه بدعوته ضمن نصف قيمته، ويضمن قيمته مدبرًا؛ لأنه أتلفه ناقصًا بالتدبير[4]، ثم قد صار نصف هذه الجارية أم ولد ونصفها مدبرة.

فإن مات مدعي النسب عتق نصيبه من جميع المال، كما تعتق أم الولد المنفردة، ولا يضمن المولىٰ؛ لأن العتق وقع بموته من طريق الحكم، فكان لشريكه أن يستسعي؛ لأن الضمان إذا تعذر في عتق العبد المشترك، كان للشريك السعاية.

وأما إذا مات المولىٰ الذي لم يَدَّعِ عتق نصيبه من الثلث؛ لأنه مدبر، ويعتق نصيب الآخر بغير سعاية؛ لأن أم الولد إذا حصلت في يد نفسها بالحريّة فلا سعاية عليها، فكذلك إذا حصل جزء منها.

(١) في ل (فغرم).
(٢) في أ (شريكه) والمثبت من ل.
(٣) في أ (وأم الولد) والمثبت من ل.
(٤) في ل (وهو ناقص كالتدبير).

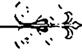
قال: ولو لم يمت واحد منهما حتىٰ ولدت ولدًا آخر، فادّعاه الآخر، فهو ابنه، وهو ضامن لصف العقر، فأيهما مات عتقت الأمة كلها؛ وذلك لأن نصيب الآخر علىٰ ملكه، فإذا ادّعىٰ الولد كان حكمه فيه حكم الأول، فيثبت النسب منه، ويصير نصيبه منها أم ولد، وأم الولد المشتركة تعتق بموت أحد الشريكين بغير سعاية علىٰ ما بَيَّنَّا: أنها إذا حصلت في يد نفسها بالحرية عتقت بغير شيء.

قال: وإذا كان عبد صغير بين اثنين فأعتق أحدهما ثم ادّعاه الآخر، فهو ابنه في قول أبي حنيفة، ونصف ولائه للآخر، وإن كان ولد عندهما أو لم يولد فهو سواء؛ وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن العتق يتبعض، فإذا أعتق أحدهما فنصيب الآخر علىٰ ملكه، فدعوته فيه جائزة.

فأما علىٰ قولهما: فقد عتق كله بعتق شريكه، فإذا ادعىٰ الآخر فقد ادّعاه ولا ملك له فيه ولا يد، فلا يقبل قوله.

وأما إذا كان كبيرًا فادّعاه الذي أعتقه رجع فيه إلىٰ تصديقه؛ لأنه صار بالحرية في يد نفسه، فأما من لم يعتق فدعوته جائزة عند أبي حنيفة؛ لأن نصيبه علىٰ ملكه، فهو في يده، فدعوته فيه جائزة.



بَابُ
دعوى الولدِ بعدَ البيعِ



قال: إذا باع الرجل جارية من رجل وقبضها المشتري أو لم يقبضها، حتى ولدت ولدًا لأَقَلَّ من ستة أشهر منذ باعها، فادّعى البائع أن ولد الجارية ابنه، فهو مصدّق على ذلك، ويثبت نسبُ الولد منه، وتكون الجارية أم ولد للبائع، ويبطل البيع فيها وفي ولدها، ويردّ البائع الثمن على المشتري إن كان قبضه، وإن لم يكن قبضه بطل عن المشتري؛ وذلك لأن الدعوى على ضروب:

منها: دعوى الاستيلاد، وهي هذه وصفها: أن يكون ابتداء العلوق في ملك المدّعي، وحكمها أنها كالحر فيما يؤثر في إبطال حق الغير.

والأصل في جوازها: أن ابتداء العلوق إذا كان عند البائع استندت دعوته إلى العلوق، فصار ذلك شاهدًا على دعواه، فكأنه ادّعى ثم باع.

وقد قالوا: إن دعوى الاستيلاد تؤثر في إبطال حق الغير؛ بدلالة أن الجارية المشتركة إذا علقت في ملك أحد الشريكين، فادّعى أحدهما ضَمن نصف قيمتها لشريكه، ولم يضمن من قيمة الولد شيئًا.

وإن كان ابتداء العلوق قبل ملكها، ضمن نصف قيمتها، وضمن نصف قيمة ولدها، فدل على أن دعوى الاستيلاد أثرت في إسقاط الشريك من نصف الولد، فكذلك تؤثر هاهنا في إسقاط حق المشتري وإسقاط ملكه.

وإذا صحّت الدعوى ثبت النسبُ والاستيلاد، فكأنه باع أم ولده، فيفسخ

البيع فيها، فيرد الثمن؛ لأن سلامة الثمن موقوفة على سلامة المبيع، ولم يسلم.

٢٧٤٥ - فَصْل: [أحوال جواز دعوى البائع]

قال: ولو كان الولد خرجَ من ملك المشتري [٣٩٦/أ] على وَجه من الوجوه، [ببيع](١) أو غيره، فدعوى البائع فيه جائزة؛ وذلك لأن تأثير دعوى الاستيلاد في حق المالك الثاني كتأثيرها في حق المشتري الأول، فإذا استحق ملك الأول بالدعوى، كذلك ملك الثاني(٢).

٢٧٤٦ - فَصْل: [أحوال بطلان دعوى البائع]

ولو كان المشتري أعتق العبد، أو مات في يده، أو أنه قتل، فأخذ قيمته، ثم ادعاه البائع والمسألة بحالها، فدعوى البائع باطلة، والأم أمة المشتري على حالها؛ وذلك لأن المشتري إذا أعتق فقد أحدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ، فلا يجوز فسخ الملك فيه بالدعوى.

ولهذا قلنا: إن دعوى الاستيلاد كالحرية(٣) فيما يؤثر في إبطال حق الغير، ولم يجعلها صريح الحق كالبينة؛ لأنها لو كانت كذلك لبطل بها العتق، ولم يجعلها كالدعاوي؛ لأنها لو كانت كذلك لم يستحق بها ملك المشتري، فلم يبق إلا أن يجعل واسطة بين الأمرين.

فإن كان الولد بحاله لم يحدث فيه ما يلحقهُ الفسخ، قبلت الدعوى، كما يقبل

(١) في أ (ببينة) والمثبت من ل.
(٢) في ل (فيثبت للثاني).
(٣) في ل (كالحق).

البينة ، وإن حدث ما لا يلحقُه فسخ لم [تقبل][1] الدعوة ، كما لا تنفذ الدعوىٰ .

وأما إذا مات الولد أو قتل فقد تعذر إثبات النسب فيه ؛ لأن الحقوق لا تثبت للميت ابتداءً ، ولا عليه ، فلا تقبل الدعوىٰ ، وتكون الأمة[2] بحالها ؛ لأن الاستيلاد فرع لثبوت النسب ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد .

وكذلك لو كان المشتري أخرج أم الولد من ملكه إلىٰ ملك غيره ، فأعتقه الذي هو في ملكه أو مات عنده ، لما قدّمنا أنه حدث فيه ما يمنع من فسخ الملك فيه .

وكذلك لو دبّرَ المشتري أو الذي انتقل [الملك] إليه ؛ لأن التدبير لا يلحقه [الفسخ] ، فهو كالعتق .

وأما إذا باعه المشتري أو رهنه أو آجره [أو كاتبه] ، أو جرىٰ ذلك من مالك ، ملكه المشتري ، ثم ادعاه البائع ، فإن ذلك كله ينقض ويثبت النسبُ من البائع ، ويكون الولد ابنه ، والجارية أم ولده ؛ لأن هذه المعاني يلحقها الفسخ ، فهي كالملك الذي يلحقه الفسخ ، فكما يفسخ الملك بالدعوىٰ ، فكذلك هذه العقود تفسخ .

٢٧٤٧ ـ فَصْـل : [جواز ادِّعَاءِ البَائِع في الوَلَدِ فقط]

قال : ولو كان المشتري أعتق الأم ولم يعتق الولد ، ثُم ادّعاه البائع ، جازت الدعوىٰ في الولد ، ولم تجز في الأم ، وفسخ البيع في الولد دونَ الأم ، وكان علىٰ

---

(١) في أ (تنفذ) والمثبت من ل .

(٢) في ل (الأم) .




البائع حصة الثمن للولد إذا قسم الثمن على قيمة الأم يوم وقع العقد، وعلى قيمة الولد يوم ولد.

وكذلك لو كان المشتري دبّر الأم؛ وذلك لأن الولد باقٍ بحاله لم يحدث فيه ما لا يلحقه فسخ، فجازت الدعوى فيه.

وأما الأم، فقد حدث فيها ما لا يلحقه الفسخ، فلم تجز الدعوى فيه؛ ولأنها عتقت، فلو جازت الدعوى فيها لعادت أم ولد، ولا يجوز أن تُردَّ من أعلى الأمرين إلى أدون الحالتين بالدعوى.

وإنما لم يؤثر عتقها في دعوى الولد؛ لأن النسب يجوز أن ينفرد عن الاستيلاد كولد [المغرور][1]، فلم يكن تعذر الاستيلاد مانعًا لثبوت النسب؛ ولأن الاستيلاد فرع، وثبوت النسب أصل، وتعذر الفرع لا يُبطل حكم الأصل.

وليس كذلك إذا أعتق الولد؛ لأنا لو أثبتنا الاستيلاد لأفردناه عن النسب، والاستيلاد لا ينفرد عن النسب، ولأنه فرع فلا يثبت حكمه مع عدم الأصل، وإنما وجب على البائع ردّ حصّة الولد [دون][2] حصّة الأم؛ لأنَّه استحق الولد على المشتري، وسلمت الأم له، وما سلم له لا يرجع عليه ببدله، وما استحق عليه رجع بحصته.

فإن قيل: الولد لم يقع عليه العقد، ولا التسليم الموجب له، فكيف يكون له حصة؟

---

(١) في أ (المعروف) والمثبت من ل.
(٢) في أ (وحصة) والمثبت من ل.

قلنا: لمّا انفرد الولد بالحكم عن الأم، صار له حصة بانفراده، فكأنّه كان موجودًا في يد البائع، وإنما قسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد وقيمة الولد يوم ولد؛ لأن الأم ملكت بالعقد، فاعتبرت قيمتها يوم العقد، والولد صارت له قيمة بالولادة، فيعتبر[1] حاله عند أول ما يمكن تقويمه.

٢٧٤٨ - فَصْـل: [ادعاء الولد بعد موت الأم]

قال: ولو كانت الأم ماتت، ثم ادعى البائع الولد، فهو مصدق في الدعوى، ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: يرد حصة الولد.

أما ثبوت النسب، فلما بَيَّنَّا أن تعذر الاستيلاد لا يمنع من ثبوت نسبه.

وأما قيمة الأم فعلى قول أبي حنيفة: إن في زعم البائع أنها أم ولده، ولا قيمة لها، إذْ أم الولد عنده لا تضمن باليد، وعلى قولهما لها قيمة، فلما قبضها المشتري وتلفت في يديه، وجب عليه ضمانها باليد، فيرجع بحصة الولد خاصة.

قال: ولو كان المشتري كاتب الأم، أو رهنها، أو زَوَّجها، ثم ادّعى البائع [أنها أم ولده] جازت دعوته ونقض ذلك كله؛ لأنه مما يلحقه الفسخ، فيبطل بدعواه الاستيلاد كالملك.

قال: ولو قطعت يد الولد في يد المشتري، وأخذ أرشها، ثم ادّعى البائع، فإن دعوته جائزة، ويثبت نسبُ الولد، ويرد إلى البائع و[ترد] الأم معه ولا يرد الأرش إلى البائع، ويكون للمشتري، ويرد البائع الثمن إلا حصة أرش اليد؛

(١) في ل (فاعتبرت قيمته في أول حاله أمكن تقويمه).

وذلك لأن العضو المنفصل لا يمكن إثبات النسب فيه منه، فلم ينفذ فيه الدعوىٰ، وسقوطها في الطرف لا يمنع [من] ثبوتها في الأصل، فيثبت النسب، فكان الأرش للمشتري، وسقط عن البائع حصّة ذلك؛ لأنه قد سلم له من جملة المبيع.

قال: وإذا باع الرجل جارية وقبضها المشتري، ثم ولدت ولدًا لأقل من ستة أشهر منذ وقع البيع، فادّعاه المشتري ثبت نسبه بالملك، وإن كان العلوق في ملك البائع؛ وذلك لأن دعوىٰ المشتري دعوىٰ ملك، وصفة دعوىٰ الملك أن يكون العلوق في [غير] ملكه، وحكمها: أن يكون كالعتق الموقع، فكل موضع نفذ العتق نفذت الدعوىٰ، وكل موضع لم ينفذ العتق لم تنفذ الدعوىٰ، والمشتري مالك للعتق، فصحّت دعوته، فإنما اعتبرنا دعوىٰ الملك بالعتق؛ لأنها تتضمن الحرية، ولا تستند إلىٰ أمر سابق، فهي كإيقاع الحرية.

٢٧٤٩ - فَصْل: [دعوىٰ البائع بالاستيلاد مع كون المشتري أبًا]

قال: فإن ادّعاه البائع بعد ذلك لم تقبل دعوته، وكان المشترىٰ ابن المشتري؛ وذلك لأن النسب ثبت من المشتري، وهو معنىٰ لا يلحقه الفسخ، وقد بَيَّنَّا أن دعوىٰ الاستيلاد لا تقبل إذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ، إلا ببينة أو ما في معناها.

قال: ولو ادعىٰ البائع والمشتري معًا، فهو ابن البائع؛ إلا أن تسبق دعوىٰ المشتري؛ لأن دعوىٰ البائع تستند إلىٰ أمر سابق، وهو العلوق، ودعوىٰ المشتري لا تستند، فإذا تساويا في الوقوع كانت دعوىٰ البائع أقدم في المعنىٰ، فكأنه أسبق بالدعوىٰ، فكان أولىٰ.




قالوا: ولو ولدت الولد لأكثر من ستة أشهر، لم تجز دعوى البائع فيه أبدًا [٣٩٦/ب] إلا أن يُصدّقه المشتري في دعواه، ودعوى المشتري فيه جائزة، سواء تقدمت على دعوى البائع أو تأخّرت أو كانتا معًا، إلا أن يدّعي المشتري بعدما صدق البائع، فحينئذٍ لا يصدق؛ وذلك لأن دعوى البائع هاهنا دعوى ملك؛ لأنا لا نعلم أن العلوق كان في ملكه (لجواز حدوثه في ملك المشتري)[1]، ودعوى المشتري دعوى استيلاد، فهي أولى.

ولأن دعوى البائع إذا كانت دعوى ملك، فهي كعتق موقع، وعتقه لا ينفذ (في هذه الحالة).

وإنما قلنا: [إن] دعوته تقبل إذا صدقه المشتري؛ لأن النسب يجوز أن يكون كما قال، وإنما لا يصدق لحق المشتري، فإذا صدقه فقد رضي بإسقاط حقه، فجاز.

فإن ادعى المشتري بعد تصديق البائع لم تجز[2] دعوته؛ لأنّ النسب ثبت من البائع، [وذلك يبطل][3] ملك المشتري، فلا تقبل دعوته في إبطال نسب ثابت[4].



(١) ما بين القوسين ساقطة من ل.

(٢) في ل (تقبل).

(٣) في أ (وزال) والمثبت من ل.

(٤) انظر: الأصل ٨/٩٧ ـ ١٠١.

بَابُ
دعوى التوأمِ

قال: وإذا حبلت الأمةُ عند الرجل، فباعَها، فولدت عند المشتري ولدين في بطن واحد لأقل من ستة أشهر جميعًا أو أحدهما فهو سواء.

فإن ادَّعَىٰ البائع أحدهما أو كليهما، فإن أبا حنيفة قال: دعوته جائزة، ويلزمه الولدان جميعًا؛ وذلك لأن نسب أحدهما شاهد علىٰ نسب الآخر، ألا ترىٰ أنهما حمل واحد، فلا ينفرد نسب بعض الحمل عن بعض كالولد الواحد، وإذا كان ذلك ثبت نسبهما بدعوىٰ أحدهما.

وأما قوله: إذا جاءت بهما لأقل من ستة أشهر، أو أحدهما، فصحيح؛ لأنهما حمل واحد، فإذا وضعت أحدهما لأقل من ستة أشهر علمنا أن العلوق كان في يد البائع، والثاني يتبعه.

وإن كان لأكثر من ستة أشهر، (والآخر لأقل)[1] فكأنهما جميعًا لأقل من ستة أشهر.

[قال]: فإن كان المشتري أعتق أحدهما قبل دعوىٰ البائع جازت الدعوىٰ فيهما، ونقض إعتاق المشتري، وترد الأم والولدين إلىٰ البائع؛ وذلك لأن نسب أحدهما شاهد علىٰ نسب الآخر، فصار كشهادة شاهدين بنسبه فيبطل بها العتق، وإذا ثبت النسبُ فيهما ثبت الاستيلاد في أمهما؛ لأن الدعوىٰ تستند إلىٰ العلوق،

(١) ساقطة من ل.




فكأنه ادّعىٰ قبل البيع.

٢٧٥٠ - فَصْـل: [جواز عتق المشتري الأم]

قال: وإن كان المشتري أعتق الأم، جاز عتقه، ولم ترد إلىٰ البائع رقيقًا بعد العتق، وكذلك لو كان دبّرها؛ وذلك لأن النسب في الولد ينفرد عن الاستيلاد في الأم علىٰ ما قدمنا، فلم يكن ثبوت النسب شاهدًا علىٰ الاستيلاد، فلم يجز فسخ العتق به؛ ولأن المشتري إذا أعتق أحد الولدين فسخنا عتقه ورددنا الولد إلىٰ البائع، وجعلناه حر الأصل، ولم ننقله من أعلىٰ الحالتين إلىٰ أدونهما، فلو فسخنا العتق في الأم وجعلناها أم ولد، رددناها من أعلىٰ الحالتين إلىٰ أدناهما، وهذا لا يصح.

٢٧٥١ - فَصْـل: [بطلان عتق المشتري]

قال: ولو كان البائعُ باع أحد الولدين فأعتقه المشتري، ثم ادّعاه البائع جَازَت دعوته، وبطل إعتاق المشتري؛ لأن ثبوت نسب أحدهما شاهد علىٰ الأخر، كالبينة فينفسخ بها العتق كما تفسخ بالشهادة.

٢٧٥٢ - فَصْـل: [إِدِّعَاءِ البَائِعِ الوَلَدَ الذي في يده]

قال: وإن كان جنىٰ علىٰ أحد الولدين جناية، فأخذ المشتري أرشها، ثم ادّعىٰ البائع الولد الذي في يده كانت دعوته فيهما جائزة، وكان أرش الجراحة للمشتري علىٰ ما بَيَّنَّا أن شهادة أحد الولدين كقيام البينة.

ولو أقام البيّنة علىٰ الدعوىٰ قبل البيع استحق الأرش، كذلك هذا، ولو قتل أحدهما ثم ادّعاهما البائع، ثبت نسبهما منه، وتكون قيمة المقتول لورثة المقتول، ويصدّق المدّعي علىٰ القيمة لما بَيَّنَّا أن النسب يثبت في الباقي منهما،

ويصير ذلك شاهدًا على نسب الميّت، فيثبت كما يثبت بالبينة، فكأنه قتل حرًّا، فيكون أرشه لورثته.

وأما قوله: ويُصدّق البائع على القيمة، فقد [اختلفت هذه العبارة في الأصول، فقال في موضع يصدق على القيمة،][1] وقال في موضع: لا يصدق، وليس هذا باختلاف، وإنما أراد أن البائع يصدّق على القيمة، بمعنى أنها تكون للورثة، وينتقل عن ملك المشتري، والذي قال: لا يصدق، فإنما أراد به أنه لا يصدّق على نقل القيمة إلى الدية؛ لأن ثبوت النسب أصله الدعوى، ولا يجوز أن تصير الدعوى كالبينة من جميع الوجوه، فلو أوجبنا الدية لسوّينا بين الدعوى والبينة؛ فلذلك لم يصدّق البائع على نقل الضمان.

٢٧٥٣ ـ فَصْل: [ادعاء البائع الولدين جميعًا]

قال: وكذلك لو كان المشتري أعتق أحدهما، ثم قتل وترك ميراثًا، فأخذ ديته وميراثه بالولاء، ثم ادعى البائع الولدين جميعًا، فإنه يقضى بالحي وأمه للبائع، وألحق نسبه ونسب المقتول به، ويصدق على الدية وعلى الميراث الذي وجب للمشتري؛ وذلك لأن دعوته لأحد الولدين جائزة، ولا يجوز أن ينفك عن الآخر، فثبت نسبهما، واستند ذلك إلى ما قبل البيع، فاستحق الميراث والدية.

٢٧٥٤ ـ [فَصْل: ثبوت النسب بسبب سابق]

قال: ولو كان لم يقتل ولم يمت، صدق عليه، ورجع النسب إلى البائع، ويبطل ولاء المشتري؛ وذلك لأن النسب ثبت بسبب سابق، ويصير شاهدًا على نسب المعتق، فيبطل العتق، ويزول الولاء.

(١) ما بين المعقوفتين زيدت من ل.

بَابُ
دعوى الحَميل



[قال بشر]: فسّر محمد في الأصل الحَمِيل: بالنسب في الرقيق المحمول من دار الحرب، والصحيح: أن الحميل: كل من أقرّ بنسبٍ يحمله على غيره، فإقراره غير مقبول، سواء كان ذلك في السَّبْي أو في غيره.

ومن أقرّ بنسب لا يحمله على غيره فإقراره مقبول، سواء كان من السبي أو من غيره، فلا معنى لتخصيص ذلك بأهل الحرب(١).

وإنما ذكر ذلك؛ لأن الغالب أن أنسابهم تشتبه لتعذر إقامة البينة عليها(٢)، وإلا ما يحكم فيهم وفي أهل دارنا سواء.

قال الشيخ: وجملة ذلك ما بَيَّنَّا فيما مضى، أن إقرار الرجل يجوز بالابن والأب والزوجة والمولى، ولا يجوز بغير ذلك، وإقرار المرأة يجوز بالأب والزوج والمولى، ولا يجوز بما سواهم، وإنما كان كذلك؛ لأن ما سوى هؤلاء [٣٩٧/أ] من القرابات لا يثبت نسبهم من المُقِرِّ إلا بعد ثبوته من غيره، وهو غير مصدّق على إثبات النسب من غيره.

ثم المُدَّعِيْ للنسب الذي يجوز إقراره به، إن كان المدعى عليه كبيرًا وقعت الدعوى على تصديقه؛ لأن الحق لهما، فيثبت بتصادقهما، ولا يثبت بقول أحدهما.

(١) انظر: البدائع ٢٢٩/٧.

(٢) في ل (على الولادة).

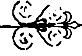
وإن كان المدّعىٰ عليه صغيرًا وهو في يدي المدعي، يثبت نسبه كاللقيط، ودعوىٰ المدعي جائزة؛ لأنه لا قول للصغير في نفسه، ودعوىٰ المدعي فيما في يده ممن لا قول له مقبولة، كدعوىٰ الأموال، وإن كان في يد من لا يدّعيه؛ لأن يده تستحق بالدعوىٰ، فكان الصَّبِيُّ في يدي المدعي.

وأما إذا ادّعىٰ نسبًا لا يجوز اعترافه به، كالأخ والْعَمِّ، وصَدَّقه المقر به، فإن النسب لا يثبت بتصادقهما، ولكنهما يتوارثان به إذا لم يكن للميت [فيهما] وارث معروف قريب ولا بعيد؛ وذلك لأن النسب لا يجوز ثبوته بهذه الدعوىٰ، وإذا لم يثبت النسبُ لم يسقط به حق الوارث المعروف.

فإن لم يكن هناك وارث، استحق المقر له الميراث؛ لأنه أقر بثبوت حقه في ماله، وهو يملك إيجاب الحق في ماله، كما يملك الوصيّة به(١).



(١) انظر: الأصل، ٨/٦١، ٦٢.

بَابُ
دعوى العبدِ التاجرِ



قال: أصل هذا الباب: أن العبد التاجر له في إكسابه شبهة ملك ؛ لأن من القُضَاةِ من يقول: إنّه يملك ما في يده.

[وأقل أحوال][1] هذا الخلاف: أن يوجب شبهة، وشبهة الملك كنفس الملك في إثبات النسب، فإذا ادّعىٰ [ولد جاريته][2] ثبت نسبه [منه] كما يثبت النسبُ في شبهة النكاح[3].

٢٧٥٥ ـ فَصْل: [ثبوت نسب العبد]

قال: ولو تزوّج حرّةً أو أمةً، فوطئها فجاءت بولد فادعاه، فدعواه في ذلك جائزة ؛ لأن العبد إما أن يتزوج بإذن مولاه، فنكاحه صحيح، أو يتزوج بغير إذنه، فالنكاح فاسدٌ ؛ والنسب يثبت بهما جميعًا[4].

قال: ولو ادّعىٰ أن مولاه أحَلَّها له، وكذّبه المولىٰ، ثبت نسبه منه ؛ لما بَيَّنَّا أن النسب يثبت من غير تحليل بشبهة الملك، فالتحليل لا يحتاج إليه.

ولو ادّعىٰ ولدًا من أمة لمولاه، وليست من تجارته، فادعىٰ أن مولاه أحلها

(١) في أ (أصل هذا) والمثبت من ل.

(٢) في أ (ولدا جارية) والمثبت من ل.

(٣) انظر: الأصل، ٨/٦٣.

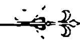
(٤) في ل (في الوجهين).

له ، أو زوّجه إياها ، فإن صدّقه المولىٰ ثبت النسب ، وإن لم يصدقه لم يثبت النسب .

فإن أُعْتِقَ فملكه ثبت النسب منه ؛ وذلك لأن العبد لا شبهة له في مال المولىٰ الذي ليس من تجارته ، فدعوته فيه ودعوىٰ الأجنبي سواء .

[قال]: ولو ادّعىٰ الأجنبي أنه تزوّج بأمة رجل فولدت منه ، وقفت الدعوىٰ علىٰ تصديق المولىٰ ، وكذلك إذا ادّعىٰ التحليل فلا بد من التصديق في التحليل [وفي الولادة ؛ لأن التحليل إباحة ، يسيره كالمتعة ، فيجوز أن يثبت بها النسب ، إلا أنها أضعف من المتعة] ؛ لأن التحليل ليس بعقد ، فاعتبر فيه التصديق في التحليل والولادة ، فإن كذّبه المولىٰ ثم أعتق فملك جازت دعوته ؛ لأنه ادّعىٰ النسب من جهة يجوز ثبوت الأنساب منها ، وإنما لم يصدقه لحق المولىٰ ، فإذا ملك بالعتق زال حق مولاه ، فنفذت الدعوىٰ . [والله أعلم] .



بَابُ
دعوى المكاتبِ

قال الشيخ أيّده الله: أصل هذا الباب: أن المكاتَب إذا ادعىٰ ولد جاريته ثبت نسبه ؛ لأن له شبهة ملك فيها ، ألا ترىٰ أنه ملكها موقوف عليه وعلىٰ مولاه ، وشبهة الملك سبب لثبوت النسب ، وإذا ثبت النسب لم يجز له بيع ولده ؛ لأنه يتبعه في كتابته ، ألا ترىٰ أن ولد الحر من أمته في حكمه ، كذلك ولد المكاتب من أمته في حكمه[1].

ولا يبيع الجارية ؛ لأنه يثبت لها حق أن تصير أم ولد تابعة لولدها ، فلم يجز بيعها ، كما لا يجوز بيع الولد.

والعبد المسلم والذمي في دعوىٰ النسب سواء ؛ لأن النسب يثبت من [الكافر ، كما يثبت من المسلم][2] ، وليس يريد به أنهما سواء ، بمعنىٰ أنهما إذا ادعيا نسبًا تساويا فيه ؛ لأن الكافر والمسلم الحرَّان إذا ادّعيا نسبًا فالمسلم أولىٰ به ، وكذلك العبدان والمكاتبان.

(تمّ كتاب الدعوىٰ والحمد لله كاشف الضر والبلوىٰ ، والصلاة والسلام علىٰ محمد وآله)[3].

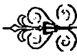


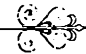
(١) انظر: الأصل ، ٨/٦٥.
(٢) في أ (المسلم كثبوته من الذمي) والمثبت من ل.
(٣) ما بين القوسين ساقطة من ل.

فهرس الموضوعات



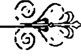


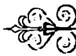




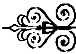


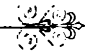
















أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْتِ

۞ **أهداف المشروع:**

(١) إصلاح المسار العلمي لطباعة الكتاب الإسلامي، وذلك بانتقاء وانتخاب أنفس الكتب من تراثنا المعرفي العريق، ونشرها وفق أحدث مواصفات الطباعة والتنضيد.

(٢) إيجاد الحِلَق العلمية المفقودة: وذلك بنشر المعارف الأساسية المفقودة أو المهجورة من المكتبة الإسلامية؛ لذا فأغلب ما ينشر بمشروعنا يطبع لأول مرة، بناء على أن التجديد المعرفي يكون بنشر الكتاب القديم المؤثر في حقله العلمي، وقد ثبت صدق ذلك بالتجربة العملية.

(٣) استنقاذ التراث الإسلامي من الضياع، وذلك بنشر القطع الخطية الموجودة من أي كتاب تراثي فريد في بابه، ولو كان ناقصاً؛ لأن نشرها يعتبر حفظاً لها وتشجيعاً على تحصيل تكملتها.

(٤) تغذية المعاهد والمدارس والدورات بالمقررات التعليمية والدراسية، وهذا أحد أنماط المواد المنشورة في (أسفار): (منتج المتون التعليمية)؛ لأن مطبوعاتها على نوعين: الأول: مناهج تأسيسية. والثاني: مصادر مرجعية.

۞ **التواصل مع «أسفار»:**

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s.faar16@gmai.com   @sfaar16